JACOBI GOTHOFREDI JC.

NOVUS

In titulum Pandectarum

DE

DIVERSIS REGULIS JURIS

ANTIQUI

COMMENTARIUS

Quo id potissimum variis modis agitur,

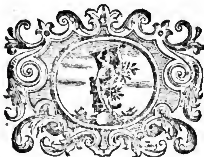
Quomodo deinceps, in Foro seu Praxi, atque in Scholis, in Regulis illis usurpandis adplicandis, errari, quod hactenus passim fit, minime possit.

EDITIO NOVISSIMA ACCURATIOR ATQUE EMENDATIOR,

IN DUOS TOMOS DISTRIBUTA

Et Græcarum vocum, ubi opus est, accessit latina interpretatio.

TOMUS PRIMUS.



NEAPOLI

M. DCC. LXXX.

APUD SOCIETATEM LITERARIAM ET TYPOGRAPHICAM

Superiorum Permissu.

MONITUM LECTORI.

QUantum utilitatis solidioris Jurisprudentiæ cultoribus Jacobus Gothofredus alter a Cujacio Jurisconsultus hoc Opere de Regulis Juris attulerit, neminem qui hisce Sacris vel leviter initiatus sit, latere potest. Primus namque Juris Civilis Definitiones ab interpretibus antea non intellectas, vel ad proprias species male relatas, luculentissimo commentario illustravit, & per omnia Juris capita solerter opportuneque disposuit; effecitque, ut non Eruditis tantum, sed etiam in foro versantibus maximopere se commendaret. Quotus enim quisque est qui ignoret, cognitis perspectisque principiis, Juris scientiam facilius adsequi posse, quam iis neglectis posthabitisque illuni nocte vagari, & a scopo quem sibi quisque proposuit aberrare non sine magno incommodo necesse sit? Id potissimum in causa fuit, quare Opus hoc utilissimum typis committi curavimus, nitori & elegantiæ quam maxime studentes, & nulli labori parcentes, ut editio hæc accuratior, & emendatior præ ceteris, quæ ante hac circumferebantur, prodiret in lucem. Et ut omnibus satisfieret accessit nunc primum Græcarum vocum, quæ in hoc Opere inter legendum lectorem linguæ Græcæ imperitum morari possent, latina interpretatio, omissis quas Auctor ipse latinis synonimis explicat. Quæ vero ob Typothetarum incuriam & oscitationem excidere, sequens pagina exhibet. Vale & inceptis nostris porro fave.

Kalendis Januariis MDCCLXXX.
SOCIETAS LITERARIA ET TYPOGRAPHICA.

ADDENDA.

Pag. 144. vers. 20. αλλοξιωπισκοπους *leg.* αλλοτριοεπισκοπους *αλλοτριοπραγμονας*

168. in fin. εκ lege ουκ - *pœna soluta, non reperitur*

169. v. 32. κατα &c. *propter distinctionem*

172. v. 20. κατ' εξω *externum* ibid. v. 21. κατ' εσω *interiore*

174. v. 8. θερμοθητι *calore*

ibid. v. 26. Βραχειαν &c. *brevem cogitationem*

175. v. 19. & 20. εκ των &c. *de iis quæ in præsens sunt*

ibid. v. 20. εν πλατει *late* ibid. v. 21. αξιωμα *axioma*

ibid. v. 30. αλλου &c. *alio circumveniente, alius actionem non habet*

180. v. 18. απροσωπος *persona destitutus*

ibid. v. 19. χαρακτηριζεται, *characterem capit,*

185. v. 13. λυσεσι &c. *solutionibus difficultatis*

194. v. 16. ει μη &c. *nisi jus habeat*

198. v. 28. το γαρ &c. *quod semel aut bis accidit prætereunt Legum conditores*

ibid. v. 30. το ως &c. *quod plurimum evenit lex complectitur*

ibid. v. 31. των ως &c. *de iis quæ plurimum accidunt Legislatores statuunt*

201. v. 3. Σωριτην, *Soritem*

ibid. v. 6. σοφισμα *sophisma*
σωριτην &c. *soritem, vel soriticam*

ibid. v. 19. ιαμα *remedium*

ibid. v. 20. σωριτικην ερωτησιν *soriticam interrogationem*

202. v. 11. σωριτικη &c. *soritica illaqueatio*

ibid. v. 12. απαγωνται *adducuntur.*

ibid. v. 13. παρα &c. *minutis interrogationibus*

ibid. v. 20. ησυχιασμω *acquiescentia*

ibid. v. pen. ερωτηματικη *ars interrogandi, & contendendi*

206. v. 38. περι &c. *de amphibolia*

ibid. διανοιαν &c. *mentem legislatoris*

208. v. 32. αισχυνεται &c. *pudet leges facultatem tribuere ei quæ heri & prius in communione vitæ erat, omnino expoliare proprium virum*

ibid. v. 34. δια γαρ &c. *propter affectum & decus maritale viro illud a legib. datur*

213. v. 26. *jus coercendi & puniendi alios*

219. v. antepen. Κειτ. &c. *& posse*

220. v. 5. & 11. ορων *regularum*

223. v. 29. & 30. οτι &c. *ubi incommodum tutela locum habet, irregulare erat etiam lucrum hereditatis non inesse.*

227. v. 28. χαρακτηριζεται *characterem adsumit.*

230. v. 16. μονομερως *uno ex latere*

232. v. 6. κατ' εσω *internum,* ibid. v. 8. κατ' εξω *externum*

233. v. 13. μεταμελομενον *pœnitentia ductum*

239. v. antepen. αιρετικωτατως *arbitraria*

241. v. 23. ρητως *expresse*



EXCELLENTISSIMO AMPLISSIMOQUE VIRO

JOANNI DOMINICO MARIAE BERIO

Patricio Genuensi Marchioni Salsae Civitatis Montis Marani, Vulturariae, ac Parolisii Dynastae &c.



ON diutius nobis cogitandum, Vir amplissime, fuit, quem Jacobi Gothofredi Operi de Regulis Juris, quod nunc ex nostris typis latina Graecarum vocum versione auctum, prodit, Patronum eligeremus. Cui enim clarissimum

in omne aevum, cariſſimumque Maecenatis nomen in hac Urbe potius, quam Tibi jure merito debetur? Cujus ingenium demerendis hominibus proclivis, cujus in literarum politiorum cultores promtior munificentia? Mirum quippe non eſt, Virum, qui tam aſſidue acriterque omnigenae eruditionis ſtudiis, jam a teneris ferme unguiculis ſedulam operam ſponte in tantis opibus navavit, Scientiarum, doctorumque, qui eas colunt, Virorum amantiſſimum eſſe: ſapientiae enim pulchritudo doctis ac literatis hominibus tantummodo innoteſcit. Quid autem praeclarius, majorique laude magis dignum, quam jam lapſis literis manum protendere, ut erigantur, ſoſpites incolumeſque ſerventur, & quoad fieri poteſt, augeantur? Id Tu efficis, id praeſtas, quod quantum ſit, ii ſciunt, quibus ſatis compertum eſt magnum commodum, ſummaque utilitas, quae in hominum univerſam ſocietatem ex literis manat. Non igitur a Majoribus tuis nobiliſſimis, non ab adfinitate, & cognatione principum in Italia Familiarum, non ab Attalicis divitiis fortuniſque Tibi gloria arceſſenda, cum in Te ipſo, in animi cultu, ac virtutibus tuis eam poſitam reperias. Haec vera gloria eſt, haec nomina ab oblivione eripit, & immortalitati conſecrat, quae non ab alienis factis, rebuſque geſtis, ſed a propria virtute proficiſcitur. Iis nos rationibus adducti, maxima humanitate

tua

tua suadente, Opus hoc eruditissimi Viri Jacobi Gothofredi Jurisprudentiae cum Cujacio Duumviri Tibi nuncupare ausi sumus, primum nempe nascentis Typographicae ac literariae Societatis molimentum. Tu vero hoc obsequii signum laeta fronte excipe, nostrisque coeptis adsis, ac Reipublicae literariae bono diu diuque vale.

Addictissimi
Editores.

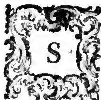


CLARISSIMO, DOCTISSIMOQUE VIRO

DIONYSIO GOTHOFREDO

CHRISTIANISSIMI REGIS CONSILIARIO

ET HISTORIOGRAPHO.



I spei ac votis nostris eventus respondisset, VIR CLARISSIME, nihil optatius, nihil jucundius contingere poterat, quam ut excelsi & acutissimi ingenii VIR JACOBUS GOTHOFREDUS patruus tuus. nunquam mihi sine laudis & honoris præfatione commemorandus, qui doctissimum hunc commentarium multis vigiliis elaboratum concinnaverat, supremam editioni manum imponeret, totoque legitimo opere perfecto diu superstes laboris sui dulci conspectu ac gloria pro merito longum gauderet & frueretur. Sed cum summo rerum Moderatore, penes quem vitæ mortisque arbitrium est, aliter statuente, prematura morte nobis ereptus sit ille, cui diuturnitatem precabamur, & Nestoreos annos optabamus, cavendum fuit ne eximius hic fœtus a iqua sui parte mutilus & manens in lucem prodiret. Memor itaque τον μακαριτην Beatæ recordationis *meo præsertim hortatu & rogatu eo adductum, ut hoc opus ex scriptorum suorum penu erutum secunda lima politius & auctius prælo Typographico committeret, memor ejus editionem ab illo supremis tabulis adjecto librorum aliquot ex Bibliotheca sua legato, fidei meæ commissam & inspectioni commendatam, non potui absque piaculo & ingrati animi nota, eorum quæ voluerit non meminisse, & quæ mandaverit non exequi. Ideo post justa defuncto soluta prima mihi in conquirendis reliquis hujus commentarii schedis, secunda in disponendis & suo ordini reddendis cura fuit. Tertius in hoc labor, ut quæ in authographo obscurius scripta, emendata, mutata ad marginem adjecta operis Typographicis negotium facessere poterant, pravia lectione planiora fierent, & excusa a mendis repurgarentur. Quæ in re si aliquando obscurior scriptura ad στοχασμων* conjecturas *confugere me coegit, si leges aliquot ab auctore ad alia festinante citatis tantum titulis omissæ supplendæ fuerunt, id me tandem assecutum esse autumo, ut suus operi integer constet sensus, nulla lacuna, nulla salebra vel minimam hæsitandi materiam lectori relinquere possint. Hunc denique commentarium genuinum Amplissimi JACOBI GOTHOFREDI fœtum esse persuasum habebunt docti, qui præter familiarem stili notitiam hoc etiam scient, manum ejus in authographo agnosci. & non solum præfationem, sed tres præterea indices singulos sua utilitate commendabiles propria ipsius manu conscriptos exstare. In secundo indice pluscelum negotii fuit, tum ob celeriorem & difficiliorem lectu scripturam, tum ob dispositionem. cui cum ο πανυ* optimus ille *prohibente vi valetudinis supremam manum adhiber non potuisset, singula tamen sic aptare & disponere conatus sum, ut intentioni, quam in præfatione indicat, pars illa, ut spero, be-*

ne responsura sit, suoque usu lectorem delectatura. Non ignoro, VIR CELEBERRIME, paucula, quæ a me hic præstita sunt, multum dispari industria facta esse; non me latet, GOTHOFREDUM nostrum, si eum Deus in vivis diutius esse voluisset, multo fæliciore manu hæc impleturum fuisse, & ad instar alterius Apellis tabellam hanc omnibus suis partibus ac numeris absolutam venustiore & vividiore pigmento adumbrare potuisse. Hæc scilicet est magni illius viri manus quæ a doctis omnibus desiderabatur, ut varia non imi subsii, sed altioris indaginis, quæ orbi literario destinabat & parabat scripta, formare, efingere, recensere & absolvere posset. Quorum numerum quum supputo, materiarum dignitatem considero, voluminum amplitudinem & molem attendo, fateri & profiteri audeo & debeo nihil tantum virum latuisse, imo penes eum omnigenæ doctrinæ & eruditionis penum & thesaurum resedisse. Quid enim ille in Criticis inexcussum reliquerat? Quid in historicis non perlustraverat? Quid in Juris nostri libris illi incognitum erat? Imo potius quid non in vetere & nova Jurisprudentia summo ingenii lumine & acumine non pervestigaverat? Quis Juris locus obscurior vel difficilior ab Interpretum vel falsis emendationibus, vel perversis & a textu alienis interpretationibus illi vindicatus, & suæ luci genuinoque sensui restitutus non est? Quid in Praxi ab illo feliciter non tentatum? Quæ judiciosior in legibus ad fori trituram applicandis requiri poterat industria? Sed, quod mirandum, quid in veterum Ecclesiæ Patrum & Historicorum Ecclesiasticorum libris, lectum illi, perlectum & intellectum non est? Quantum in illis evolvendis & explicandis desudavit? Testantur hoc abunde omnium Christiani orbis gentium & facultatum homines, qua juvenes, qua senes, qui summum illum Doctorem sive in Academia nostra pulpitis docentem, sive domi, ubi compellantes comiter pro innata φιλανθρωπία humanitate recipiebat, ad proposita & quæsita respondentem, & difficiliores auctorum nodos solventem summa cum admiratione, tantaque satisfactione audiverunt, ut postea vix ab eo avelli possent, & ab ejus latere semper stare optarent. Testis est Amplissimus Senatus noster, cui quum adlectus fuisset, tantum in tractandis Reipublicæ nostræ negotiis prudentiam & solertiam, in rebus ejus procurandis fidem, in difficilioribus quæstionibus extricandis dexteritatem ac soliditatem, & litibus judicandis integritatem adhibuit, ita sibi collegarum & civium animos devinxit, ut omnes & singuli eum tamquam singulare Civitatis nostræ ornamentum & Juris oraculum suspexerint, amaverint & coluerint. Verum non se continuit intra urbis nostræ pomœria tanti viri fama; sed jam a multis annis per universum orbem diffusa est, & ubi literis & literatis aliquis honor, ibi JACOBI ut antea DIONYSII GOTHOFREDI nomen & gloria personuit. Penetravit quoque in Regum & Principum aulas: pervasit etiam ad celeberrimarum Rerumpublicarum Proceres, apud quos Reipublicæ nostræ nomine legatione defungens quum verba faceret, ex illius ore melle dulcior fluebat oratio, & dicta floribus apes implere & innectere videbantur: & nemo non gravitatem comitati adjunctam, & incredibilem sermonum suavitatem doctrinamque simul laudabat. Quorum & Tu, VIR ERUDITISSIME, αὐτόπτης, testis oculatus, dum ille ante decennium circiter ad Regem Christianissimum a Senatu nostro legatus re feliciter confecta non mediocrem ex legatione gloriam reportavit, & patriæ redditus summo cum civium applausu exceptus est. Sed præter tot oculatos testes, & laudum illius ac existimationis buccinatores & præcones, adsunt non minus fida doctrinæ monumenta, varia scilicet illa quæ vivus in Sacris, Juridicis, Historicis, Politicis & Criticis edidit opera, plurima etiam veterum scriptorum antea ἀνέκδοτα non edita versione & notis ac dissertationibus

nibus doctissimis illustrata, quæ quam bene doctorum & eruditorum palato sapuerint luculente prodit & abunde testatur omnium applausus, cum summo plura ex eadem manu proditura videndi desiderio conjunctus. In his primas tenet absolutissimus ille in Codicem Theodosianum Commentarius, undique a doctis omnibus efflagitatus & expetitus: cujus editionem cum auctor paucis ante obitum mensibus meditaretur, eo faventiorem illi Lucinam sperare possumus, cum præcipuum operis completum sit, nihilque præter Typographi manum sub periti alicujus prælectione & diligenti inspectione & emendatione desideret & expectet. Cætera pleraque a nostro sermone conscripta quid aliud produnt, quam vere illum rerum divinarum & humanarum scientiam indefessa opera continuaque lectione adeptum esse. Tanta scilicet fuit in eo assiduitas, ut a libris legendis & evolvendis ne in extremo quidem morbo destiterit, Salvii Juliani JCti inter veteres primarii exemplum secutus, qui etiam alterum pedem in sepulchro habens aliquid addiscere volebat. Tanta fuit illi rei literariæ ornandæ cupiditas, ut vel dimidia ante ultimos anhelitus hora hujus commentarii schedam e prælo prodeuntem recensuerit, & a mendis Typographicis repurgaverit. Merito igitur Respublica & Academia nostra tam insignis jacturæ impatiens summo luctu correpta est, quum Senatorem integerrimum, & Juris Antistitem incomparabilem sibi ereptum vidit, qui summa eruditione, ingenii acumine, judicii soliditate & præclara facundia omnium ora & animos in se convertebat, cujus ex scriptis rei literariæ, & Jurisprudentiæ, præsertim nostræ, tantum lucis accessit & accessurum est, quo cive civitas nostra etiam gloriatur, laborumque fructu gaudet. Verum cum celeberrimi viri laudes nec mei ingenii tenuitas digne pandere, nec pagella hæc capere possit, sufficiat hæc strictim testandæ erga defunctum observantiæ signasse. Luctum ex obitu soletur, quod licet vivacitas ejus, ut cum Plinio loquar, angustis terminis conclusa fuerit, non desinit etiam naturæ lege solutus in memoria & amore cunctorum vivere: Virum ætate nostra mirabilem scriptorum dignitas & diuturnitas posterorum oculis semper gloriosum tradent.

Illum agat penna metuente solvi
Fama superstes.

Ad commentarium hunc ut redeam, supervacuum est auctoris in eo industriam commendare, vel de operis ipsius fructu & utilitate disserere: si quidem omnis quæ GOTHOFREDI præ se fert pagina nomen sua luce conspicua non eget auxilio alienæ commendationis. Cui vero potius eum inscriberem quam tibi, VIR CLARISSIME, qui defuncti ex fratre nepos, ejusdemque ex parte heres, qui nunc nobilissima illa Juris, Historiæ & Literarum humaniorum lumina & columina DIONYSIUM, THEODORUM & JACOBUM GOTHOFREDOS, avum, parentem & patruum, non solum nominis, sed & virtutum doctrinæque successione repræsentas? Quarum Rex Christianissimus justus æque æstimator ac liberalis remunerator βραβευτὴς præmiator *paternorum honorum & dignitatum te quoque heredem esse voluit, & Consiliarii ac Historiographi Regii comitiva donavit. Hunc locum quam digne impleas novit universa Gallia, norunt tot præclara ingenia, quorum illa ferax est, quorumque manibus volumina tua tractantur. In quibus hæ tibi præcipuæ artes & Historiographo convenientes, historiæ veritatem asserere, ignota pandere, antiquitatis abdita in medium efferre, & locupletum testium auctoritatibus firmare. Horum insigne specimen in Philippo Comminæo historico vere aureo, doctissimis notis a te illustrato, cujus editionem Rex Christianissimus tanti fecit, ut primam ejus schedam non sit dedignatus sacris manibus prælo appositis*

positis consecrare. Non minus illustre est Rituale seu Ceremoniale Gallicum, tanto labore tantaque industria a te compilatum, ubi Regiarum pomparum & solemnitatum formulas tam graphice depingis, ut res ipsa lectorum oculis subjecta videatur. Quæ volumina præfatus JACOBUS GOTHOFREDUS, *qui te in deliciis habebat, inter Bibliothecæ suæ* κειμήλια *thesauros curiose asservabat, & amicis cum summa tui laude operisque approbatione videnda & legenda exhibebat. Præterea ut te hac epistola compellarem movit & impulit arctissima illa, quæ inter familiam vestram nostramque a sæculo fere intercedit animorum ut & studiorum communio, quæ ab avis cœpta ad filios, & tandem ad nepotes continuo amoris & observantiæ filo nexuque transiit: cujus hæreditatis partem tu quoque lubens cernere, meque in amicorum & cultorum tuorum album admittere voluisti, quod non in ultima fœlicitatis parte repono. Sed quoniam huic operi nomen meum adscribens in alienos labores involare, & ex iis gloriam captare velle nonnullis videri possem, paucis hæc macula a me abstergenda. Quam sim a jactantia, &* κενοδοξίας inanis gloriæ *captatione alienus, testes erunt qui me norunt: testabitur consilii mei ratio. Nihil scilicet mihi antiquius quam ut quæ auctori debetur, solida illi, integra & illibata servetur gloria. Hic scriptiunculæ præcipuus finis: alter ut tibi eorum, quæ in hac posthuma operis parte a me præstita sunt, ratio reddatur, ut tibi & omnibus quorum manibus teretur hic commentarius, constet, quod sancte & bona fide publice profiteor testorque, nihil hic nothum, nihil* ὑποβολιμαῖον suppositititium *irrepsisse, sed omnia ex authographo fideliter excerpta, cum eo accurate collata, & a mendis, quantum fieri potuit, repurgata in lucem prodire. Te interea rogo ut quæ hic* AMPLISSIMI CLARISSIMIQUE VIRI *manibus quo potui modo, privata erga eum pietate defungens parentavi, quicquid exiguæ operæ huc conferre conatus sum, æqui bonique consulas, meaque observantiæ & affectus tesseram apud te esse velis. Vale,* VIR CLARISSIME. *Deus te nobilissima* GOTHOFREDORUM *familia decus Musis & amicis multos in annos incolumem servet ac tueatur. Dabam Genevæ Calendis Octobris. Anno reparatæ salutis M. DC. LII.*

Tuî observantissimus
ESAIAS COLLADO.

PRÆ-

PRAEFATIO

AD

LECTOREM.



QUi ad scribendum animum adjiciunt, ad notissimam Areopagitarum legem, quæ Oratoribus προοιμιάζειν *præfari* vetabat, alligari, vel ad Senecæ mentem adigi, qui *Nihil frigidius sibi*, contra Platonis institutum, *videri* dicebat *quam Legem cum prologo*, minime par est. Imo enim, legitimus quidam, ac sæpe necessarius Præfationum usus esse solet: si modo de eo genere sint, quæ non inanibus sui commendationibus turgeant, vel aliorum insectationibus seu obtrectatu scateant; quod utrumque juxta abominor: verum *quæ* (quod Gajus dixit) *libentius nos ad lectionem propositæ materiæ producant, & cum ibi venerimus evidentiorem præstent intellectum*. Qua parte tria hæc vel potissima sunt: si suscepti scilicet argumenti dignitas a vulgi contemptu vindicetur; si operæ, quæ nunc demum post alios sumitur, necessitas utilitasque ostendatur; si modus instarque aliquod operis jam in antecessum exhibeatur. De eo, inquam, genere Præfationes non probabili tantum more implentur, verum & jure quodam exiguntur. Fatendum enim sæpe numero peccari a viris præclarissimis in delectu argumenti, dum ad leviora seque etiam pene indigna conferunt, inque his bonas horas absumunt, qui circa βιωτικὰ *res vitæ utiles* potius immorari ævumque agere, quæque principibus scientiis illustrandis exornandis facerent, studium suum conferre potuerant debuerantve. Fatendum & illud, haud raro Lectores a novis scriptoribus hiantes induci: hocque uno ferme locupletiores dimitti, quod paucis admodum immutatis, novum tantum non scriptoris vel commentatoris nomen ad bene longam superiorum Interpretum paginam, neque quidquam ultra accessisse expectatione sua frustrati vident. Ne mihi quoque quid horum vitio verti, vel in me jure culpari queat, visum e re nonnulla hic in ipso limine præfari, de suscepti primum argumenti dignitate, de nostra dein post tot alios hac in re opera. Neque enim dubito, extituros, qui me velut elementarium senem hic μικρολογεῖσθαι *anxie circa vilia occupari*, inque tenui laborem meum versari contendant, digniusque, hoc præsertim ætatis, his moribus, argumentum curæ meæ facere debuisse me censeant: ut nec defore scio, qui post tot Interpretes & celeberrimos quidem multos huic labori supersedere me facile potuisse autument.

Jamprimum audire mihi videor, in ipsas REGULAS, quæ hoc titulo continentur, debacchantes, quasi solemne jam vulgo vel puerorum carmen illæ evaserint; viles proinde ac contemnendæ. Verum ut his respondeam, commune istud hodie in omni ferme scientiarum genere fastidium, communis hic error invasit, uti nonnulla specie quidem minima, momento tamen usuque præcipua summaque, contemnantur: quo semel afflata

afflata ingenia, veluti quodam pestilenti sydere perculsa, ad frugem postea pervenire nunquam possunt. Hujus generis sunt ea quæ conceptu licet verborum exigua, summam tamen artis in se complectuntur, quorumque utilitas in post-principiis demum existit: in principiis ipsis inepta & insuavia videntur, quod Varro dixit. Hoc præstant in omni studiorum genere, *Regulæ*, seu *Definitiones*, *Receptæ sententiæ*, *Catholica præcepta*, *enunciata*, *Principia*, κυριαι δοξαι, οροι, στοιχεια, θεσεις, πορισματα inconcussa dogmata, definitiones, elementa, positiones, probatæ propositiones, *Aphorismi*, *Axiomata*, *Canones*, *Dogmata*: & si quibus aliis alibi nominibus efferuntur. Ex his quippe cætera artis experimenta sic pendent, seu conficiuntur, consequunturque, uti non animum tantum erudirent, verum plenissima artis cognitione imbuant, sic ut judicio tantum postea opus sit, ad justum eorum usum rectamque εφαρμογην *congruentiam* seu applicationem, illationemque. Hujusmodi profecto sunt *Regulæ Juris*, quæ brevi narratione, causæque velut conjectione, universum pene jus in se vi ipsa & potestate continent, intellectumque hominis ad æqui jurisque notitiam plenissime dirigunt & deducunt. Sunt hæc scilicet vere juris *fundamenta*, quibus universum juris fastigium innititur. Sunt fontes, e quibus veluti per canales & rivulos jus educitur: sunt *semina*, quæ procedente proficienteque judicio usuque in ramos sese postea quam latissime diffundunt & explicant, sunt *scintillae* σπινθηρες quibus mens ubique conlustratur; sunt *penora*, *conditaque* & *thesauri*, e quibus propositarum quæstionum decisiones desumi debent: sunt *claves*, quibus adyta juris reserantur: sunt denique *cynosuræ* in vastissimo juris Oceano navigantibus propositæ. Quæ cum ita liquido sint, cuinam quæso hæ Regulæ viles ac prope contemnendæ videri possint? Levesne etiam putabimus, quæ tot vigiliis, tam assidua fori tritura, tam operose in arctum tandem artemque velut αποτελεσμα *perfectum* quoddam, conjectæ jam olim a summis JCtis fuerunt? Levesne, quæ affabre factæ, concinnatæque auctoribus suis egregiam famam aliquando peperere: quod vel in *regula Catoniana* cernere est? Vilesne, in quibus colligendis vel explicandis tam sedulam certatim operam maximi quondam nominis JCti impendere, Papinianus ipse summi ingenii vir, qui ea re rotius juris instar quoddam exhibere se crediderunt? Levesne putabimus, in quibus explicandis applicandisve tam graves olim inter veteres JCtos & Interpretes controversiæ enatæ sunt: quas tandem etiam decisionibus Imperialibus componi oportuit? Levesne e quibus suas in gravissimis quæstionibus constitutiones Imperatores eduxere, denique in his probe explicandis operam impendere non piguit. Utriusque quod postremo loco dixi exempla præbent, vel *lex* 20. & 21. *Cod. de furtis l. ultim. Cod. de hæred. instit. l. ultim. Cod. de adquirend. vel retin. possess.* videatur & hoc *ipso titulo lex* 85. §. 1. & Theophilus §. 33. *de legatis*? Levesne, quae nullam non ferme juris quæstionem, vel pro ratione dubitandi, vel pro ratione decidendi subintrant? Levesne tandem, quæ summi hodie nominis JCtos adhuc exercitos habent, super genuina earum lectione menteque?

Sed, inquiet forte aliquis, ideo leviores esse, quasi tironum hactenus prælusionibus, vel umbraticis studiis in scholis ingeniis exercendis propositas? Imo enim in id concinnatæ illæ collectæque, ut *Magistratibus Judicibusque* in foro jus dicturis, ut *Jurisperitis* de jure responsuris, pro formula essent: ut vere dixerim, præcipuum istud judicum & JCtorum *Directorium* esse, *Officiorumque* adeo in partem quoque librum. Quod apertissime testatum faciunt vel hæ ipsæ, quæ hoc titulo continentur, regulæ. Nempe ibi passim incul-

inculcari videas, formulis etiam in id expressis & σημαντικοῖς, *significativis*, quidnam potestatis cujusque eorum vel auctoritatis sit, quid officii: Quæ judiciorum forma: Quis cognitionum & responsorum modus: Quid Judices vel JCti in propositis juris controversiis, inque dubio seu obscuro *faciendum habeant*, (nam hæ passim formulæ hic occurrunt) *investigandum*, *spectandum*, *respondendum*, *judicandum*, *credendum*, *probandum*, *considerandum*, *observandum*, *intelligendum*, *eligendum*, *præferendum*, *sequendum*: Quibus *conjecturis* & interpretationibus dubias hominum voluntates *excipere*, *educere*, *sustinere* debeant: Quis *Præsumptionibus locus*: Quæ Legum, Edictorum, Beneficiorum mens & Interpretatio: Quid naturæ quidque conveniens sit: Quæ juris Naturalis vel Civilis ratio: Quæ publici juris prærogativa: Quis personarum, causarum rerumque in judiciis respectus, diversitas, ac sæpe etiam favor. Quantopere æquitati in jure judicioque litandum sit: Quomodo ad honestatem bonamque fidem omnia componenda: Quæ negotiorum quorumcumque inter homines, quæ contractuum nominatim, ultimarumque voluntatum natura visque sit: Qua ratione bene secusve gesta internoscenda sint. Quomodo in speciem apparentia, a veris solidisque discriminanda veniant: Quæ velut similia componenda: quæ retro velut diversa a se invicem sejugari oporteat: Quæ delictorum æstimatio, quis pœnarum modus? Haec, inquam, aliaque plura, hisce Regulis Judicum animis & cognitioni Jurisque consultorum responsis veluti norma quædam proponuntur, ne ab orbita juris unquam recedant, sed officium eo suum dirigant, sententiasque suas & responsa ad earum præscriptum forment, expromantque. Quæ si quis jam levia aut inania putet, idem omnem informandi judicis, deque jure responsuri formulam, imo omnem juris administrandi rationem e medio tollat. Et hæc quidem ita initio dicta volui; & strictim quidem ad Regularum juris hujusque tituli commendationem prioremque adeo mei defensionem.

Sequitur altera mei pariter defensio *Operæ* scilicet hic a me locatæ: ne actam forte confectamque toties rem agere cui videar, post tot præsertim præclarissima ingenia, oleumque adeo & operam hic perdidisse. Ante omnia commonstrandum venit, quibus de causis ad hanc ipse interpretationem descenderim, ratus utique vacuam adhuc provinciam aliquam laureolamque hac in re superesse posse. 1. Videbam primum, hunc titulum, ceu nullo ordine dispositis ibi sententiis regulisque, velut ἀμέθοδον ὕλην, *sylvam sine methodo* a nonnullis ideo negligi, ab aliis culpari. 2. Videbam, hodienum, quod & antea dixi, maximi nominis JCtos serram inter se reciprocantes, partim super genuina nonnullarum regularum lectione, partim de earundem intellectu, neque inter se tantum contendentes; verum sibimet-ipsis aliquando diffidentes, in iis explicandis applicandisve variare. Imo est, & ubi, post omnia a se tentata, Cujacius ipse pronunciat, *Regulam non recte conceptam videri*, *& qui arctius eam & accuratius acceperit*, *desideraturum aliquid semper in ea*: ut in *l. generaliter* 78. alibi ὑστερολογίαν *præposteram dictionem* admissam, ut in *l. non defendere* 52. *l. quo tutela* 73. *in princ. l.* 161. 3. Videbam eundem ipsum quoque Cujacium ad *leg.* 59. *D. ad Senatusconf. Trebell.* pronunciantem, omnibus regulis addi oportere vocem *plerumque*, quia nullæ necessariæ sint, etsi pleræque veræ. 4. Videbam tot passim instantiis, fallentiis, limitationibus, exceptionibus eas velut multa saburra onerari, tot Enantiophanis, imo Antinomiis percelli, interque se etiam regulas nonnullas committi, ut nulla jam amplius loco suo stare, officioque suo fungi liquido posset:

set : imo non periculosas modo haberi, sed velut vitiosas jam propalam differri proscribi. 5. Videbam, *miscellas* has Regulas (an *misellas*) non ab iis tantum qui ab hisce studiis nostris longe absunt, verum qui medio foro atque in scholis versantur, tam improspere tam absurde plerumque usurpari, ventilari, frequentari, allegari, crepari, ut vere dixerim, nullibi perniciosius errari quam sub auctoritate harum Regularum. 6. Videbam nonnullas Regulas in duas adhuc partes vulgo male discerpi, veluti *l.* 43. *l.* 171. 7. Videbam multas inscriptiones Regularum in dubium vocari. 8. Videbam hujus tituli, regularumque, in quibus ob brevitatem earum multa vulgo transmittuntur, opes nondum ad plenum excussas. 9. Videbam postremum concinnatores Pandectarum, Tribonianum ejusque adjuvas tam frequenter in partes vocari, culparique ob *vitia* hic variosque errores admissos.

Non jam dico, *omissas* hoc titulo tot regulas alias ab his notari, quæ non minus huc referri debuerint, quasque ideo etiam nonnulli *Prætermissorum* libellis colligere adgressi sunt. Non dico, eorum censuram, qui *generales* tantum Regulas nulli certæ juris materiæ adstrictas hic referri oportuisse censent, non etiam speciali materiæ proprias : de quo utroque mox *ad Rubricam* aliquid. Notant certe plerique, conjectas hunc in titulum regulas, quæ nihil minus sint quam regulæ, imo *fugitivæ* : sunt qui *repetitarum*, toties, seu tot *concordantium* regularum superfluitatem arguant. Hæc cum tot taliaque viderem, subiit animum, posse auxiliarem adhuc alicubi salutaremque manum aliquam huic titulo, his regulis, post tot alios commodari, qua *Methodus* ejus ordoque defendi, singularum regularum *lectio* stabiliri, *sententia* firmari, *veritas* seu fides statuminari, cum aliis eædem componi, *conciliari*, *vitia* denique culpæque, quæ in hoc titulo vulgo notantur abstergi possent : & in summam pristinæ dignitati restitutæ in usum simul & praxin (quod mihi est hic propositum) tuto deinceps deduci. Hæ, inquam, causæ sunt quæ me ad hunc laborem suscipiendum perpulere; de successu viderit æquus Lector. Quid ipse præstare conatus sim, ut id, si qua pote adsequerer, præmonendum nunc puto. Ubi observandum prius, ut de veris conditorum facinoribus dicam : Primo quidem operosam oppido rem hanc nobis eos fecisse *periculosasque* adeo Regulas, dum concisas adeo sententias *ἐκλογὰς selectiones* & excerpta e veteribus JCtis, ut alibi ita & hic nobis proposuere. Inde enim fit ut a corpore suo divulsæ, ordineque genuino sejugatæ, accisis quæ supra & infra scripta erant, incertos non possint non sæpe tenere Interpretes, eosque in diversa trahere. Quod commune cæteroquin excerptorum omnium & eclogarum sive malum sive fatum est. Sic ut Tribonianus, ipsiusque collegæ, qui alias minus recte hac parte etiam in partes vocantur, veluti in *l. nuptias* 30. non omni tamen semper culpa exui possint, qui regulas maxima sui sæpe parte nudatas, spoliatas, pro generalibus nobis obtrusere, a dicto secundum quid ad dictum simpliciter rem transferentes. quæ suos revera tamen adhuc intra limites, suam, inquam, juris materiam, remque subjectam, restringendæ sunt. 2. Est & ubi nonnullæ aliis auctoribus quam veris adscribuntur : ut est *lex & si nihil* 183. 3. Est & ubi ita concisæ sæpe proponuntur, ut ne plena quidem constructionis seu *συντάξεως syntaxis* ratio his semper constet : quod postremum videre est vel in *l.* 5. 38. 40. 90. 92. 111. 114. 4. Imo est & ubi Regulæ alio sensu ab his hic positæ sunt, pro potestate, videlicet sibi a Justiniano indulta quam quo ipsi JCti eas primum tradidere : exemplum vel in *l. fructus rei* 72. & in *l. nemo de domo* 103. Sed retro, bona his gratia habenda, quod suo sese
forex

forex nihilominus indicio hodie adhuc prodere possit, idque egregio eorundem conditorum facinore; servatis inter alia cuique Regulæ, ex ejusdem Imperatoris voluntate, JCtorum, unde ex desumptæ sunt, nominibus & commentariis seu libris prænotatis. Imo & illud bene habet, quod aliquam multæ Regulæ quæ hoc titulo positæ sunt, aliis quoque jam Digestorum titulis occurrant, haud adeo concisæ, verum corpori suo aptatæ, nexæque: unde species sensumque earum minore jam negotio eruere, & exinde exemplum ad alias porrigere promptum est: imo & veris eas auctoribus, quos conditores Pandectarum supposuerunt, reddere. Exemplo esse potest vel *d. lex etsi nihil* 183. Nam etsi verum sit, eam desumptam ex Marcelli libro tertio Digestorum, attamen ea Marcelli non est, verum Antonini Pii, ut liquet ex *l.* 7. *D. de in integr. restit.* unde ea decerpta est. Nunc quidnam hic a nobis præstitum fuerit, dicendum est.

Primum igitur, quod *methodum* ordinemque hoc titulo servatum attinet, fatendum equidem est, nullam hic perpetuam materiarum seriem observatam, quæ videlicet una perpetuaque serie seu *ἀλληλουχία mutua conjunctione* cohaerentia, connexione, eodem & continuo canali, a capite ad calcem, id est a primis regulis ad ultimam usque decurrat. Qua causa nonnulli eas in ordinem redigere peculiari methodo vel œconomia satius duxerunt, alii ad ordinem literarum seu alphabeticum, alii in locos communes, Enchiridio quodam, alii ad ordinem in libris Justinianeis servatum, ac nominatim ad ordinem Institutionum. Quibus ego tamen omnibus adhærescendum minime puto, neque culpata hac in re Triboniani adjutorumque ejus oscirantia, ordinem hic servatum turbari mutarive patior. Mitto, quæ alii obiter parvaque ad conditorum defensionem adspersere, & in his Francus, ad *l.6. hoc tit.* Ordo certe aliquis in his regulis collocandis servatus: paulo certe melius, quam alibi miscellæ sententiæ nullo nisi fortuito ordine indistincte atque promiscue, indigeste sparsæ, locatæque occurrunt: cujusmodi erant Pythagoricorum *ὑποθῆκαι*, *præcepta* sunt & Poetarum, Hesiodi, Phocylidis, Dionysii, Catonis, ubi sane *παραινέσεις, παραγγέλματα*, *monita*, *consilia* dicta, nulla materiarum *ἀκολουθία connexione* dispositæ extant. At enim suus quidam hic ordo adhuc jacet, sua quædam constat materiarum series, etsi non continua seu perpetua. Enimvero, ut in reliquo Pandectarum corpore, ita & hoc quoque titulo JCtorum librorumque, e quibus singulæ regulæ decerptæ sunt, ordo servatus fuit, ac proinde & materiatum: nam proinde ut Pandectarum concinnatores modo hunc, modo illum JCtum, ejusve tractatum & Commentarium librumve, in manus cepere, ita quoque exinde regulas excerpsere, servato JCtorum ordine. Id quod factum primo in pluribus, qui in eodem argumento versarentur, quos ideo junctim oculis suis subjecere, atque inde regulas defloravere. Exemplo sint Pomponii, Ulpiani, Pauli ad *Sabinum* libri: ut & Commentarii Gaji, Ulpiani, & Pauli *ad Edictum*. Quid hic conditores nostri? Prout scilicet juris materiæ sese ordine dabant, ita quoque ex iisdem libris, alternis, modo ex hoc, modo ex illo JCto, regulas excerpsere: sed tamen ad ordinem semper materiarum. Factum idem in singulis JCtis, sic ut ordine posteriora seu ex posterioribus libris decerpta, sequentibus quoque legibus inderent. Imo & ex uno eodemque JCti libro seu commentario regulas excerpentes, ipsius JCti ordinem secuti sunt, atque ita eas posuere, pluribus eodem materiarum ordine servato, in unam eandemque legem conjectis: videatur vel *lex* 73. 85. 110. 116. 126. 152. 155. 156. 157. 160. 173. Unde jam ordo hic nisi aliquo dispendio veritatis, verique intelle-

ctus præjudicio verti, mutari hodie amplius non poteſt, quando, uti dixi, aliæ aliis ita aptæ ſunt & cohærent, ut lucem ſibi mutuo aliquam haud raro fœnerentur. Servatus itaque a me etiam hic ordo religioſe: tributo ideo ſeu diviſo hoc titulo in *viginti diſtinctas Collectiones ſeu ſyſtemata Regularum*, pro JCtorum videlicet & commentariorum diverſitate, ſic ut in ſingulis collectionibus ſuus quidam materiarum ordo eluceat. Quare, etiam ſingulis paginis collectionis cujusque numerum inſcribi, partemque ejus & materiam velut *ὁδηγὸν in viam deducentem* prænotari volui. Qui quidem ordo non ad memoriam tantum, verum, quod potiſſimum, ad judicium ſeu *στοχαστικὸν mentis acumen* deinceps facturus eſt. Quanquam inter hæc fatendum, hujus tituli conditores, quidquid illi tandem ſibi propoſuerint ſcopo ſuo inſtitutoque alicubi excidiſſe: idque triplici ratione: per errorem primum, veluti ſubjecta *lege* 30. *legi* 29. quæ materiarum ordine ſervato, hanc antevertere debuit: ut & *l. pupillus* 189. poſtpoſita *legi* 187. & 188. quibus præponi debuit. Data dein opera veluti ſubjecta extra agmen ſuum *lege* 87. *legi* 86. quæ ſervato librorum ordine ſubjici debuit *leg*. 89. quod tamen unico illo loco haud improbo more factum, propter materiæ videlicet ſimilitudinem, & quia utraque *lex* 86. & 87. ex iiſdem Pauli libris Quæſtionum deſumta eſſet. Tertio quod Edictales regulas, i. e. ex Commentariis ad Edictum deſumptas, non omnes continuo ordine poſuerunt, verum, ceu laſſati in tanto opere, repetitis vicibus & *πρωθυστέρως præpoſtere* etiam collocavere. Verum, ut priora illa duo pauca admodum ſunt ita hæc facile ad partes ſuas, quod & nos fecimus, compelli, & ad ordinem ſuum reduci poſſunt. Servanda igitur hujus tituli ſeries; præterquam ſi quis novam adhuc aliquam perpetuamque ex omnibus collectionibus ſeu ſyſtematibus unam in *συμφωνίαν ſymphoniam* ſeu methodum confectam velit, id, intacto ſemper atque illibato hic ordine, per *indicem* præſtare proclive eſt. Quod & nos hic præſtitimus. Quod quidem ipſum hac occaſione ſemel dictum volui adverſus eos qui novas nobis juris & Pandectarum methodos vel hactenus concinnant, vel ſperare jubent, aut optare ſolent. Et hæc de methodo, quæ hoc titulo ſervata.

2. Quod ipſas REGULAS attinet, veram cujuſque ante omnia *lectionem* ſtabilire anniſus ſum; quandoquidem Interpretes inter ſe ſuper eo internecinis ſæpe diſſidiis inter ſe contendunt, imo & exemplaria variant: multi *ὑστερολογίαν præpoſteram dictionem* in his alicubi admiſſam arguunt, ut jam ſupra dixi: alibi aliter lectionem ſollicitant. Nos Florentinarum Pandectarum ut plurimum lectionem ſecuti defendimus, etſi non ubique: quam in rem utramque vid. notata ad *l*. 3. 23. 37. 65. 77. 78. 85. §. 2. 101. 109. 175. 177. Eſt & ubi ex ſolemni earundem Pandectarum ſcribendi ratione, quæ geminatæ literæ vel etiam ſyllabæ vocesque de proximo ibi ſemel tantum expreſſæ occurrunt, reſtituimus. Quam in rem vid. notata ad *leg*. 1. 78. 156. §. 2. 163. 175. Fuerunt & alicubi inſcriptiones, librorumque numeri tuendi adverſus eos qui his controverſiam moverent, ut *l*. 28. 47. & 71.

3. Tertio loco, *verbis* ipſis formulisque, quæ haud ita ſemper accurate attenduntur, penſiculate expendendis animum adhibui: ratus, nihil ibi vel minimum *ἀνεξέταστον παρελθεῖν abſque examine prætergredi* oportere, quo ad genuinum regularum ſenſum aſſurgere liceret. Sunt enim, quod vulgo notum, verba rerum notæ; de quibus niſi prius liqueat, fruſtra de ſententia laboratur: præſertim in hoc opere eclogario: ſic ut vel uni-

ea sæpe vocula minus attenta, meras tenebras offundat; contra, accurate expensa, probeque intellecta, & clarum & novum subinde intellectum aliquem præbeat. Exempla hujus rei passim hoc opere occurrent: videnda saltem, quae notavimus ad *leg.* 77. & 85.

4. Quarto quod vel potissimum, genuinam cujusque regulæ *speciem* eruere, singulisque aptare sedulo adnisus sum: & sic *rem* seu juris materiam cuique subjectam apponere. *Id* quod a me factum, ubi ipsa verba casum aperte non suppeditarent, tum ordinis hoc titulo servati præsidio (de quo primo loco dixi) tum inscriptionis cujusque legis argumento: conjunctis seu conglutinatis in id compactisque & coassatis omnibus vel plerisque, quæ ex eodem libro, quem inscriptio legis præfert, supersunt, ceu vibii membris, disjectis fragmentis. Unde comparatione diligenti & accurata omnium ejusdem inscriptionis capitum, 1. singulorum *librorum* argumentum colligere licet: 2. & cujusque libri *capita* in varios titulos dispersa rursum conjuncta, lucem & interpretationem mutuo dant capiuntque. Cujus quidem arcani seu mysterii ignari prorsus, juxta imperitissimos extitere Græci Interpretes, quorum & ideo species ad hasce Regulas nostras absurdæ, ridiculæ pleræque sunt. Fuere & Latini ante Accursium, ipsique Accursiani, etsi hi in tot legum numero, quas ut similes cumularunt, eas sæpe habent, quæ ad rem speciemque faciunt. Quinimo etsi hujus arcani seu mysterii indicium superiore jam ætate nonnulli fecerint, ejusque usum præclare ostenderint, tandem in usum aliquem feliciter ipsi derivarint, quæ omnia post Anton. Augustinum, Cujacium, P. Fabrum egregie præstitit peculiari diatriba *Jacobus Labittus*: attamen hodie quoque nonnulli Interpretum id vel ignorant, vel alto spernunt supercilio, atque ideo per contemptum *revelationibus* id adnumerant. Alii haud recte semper eo arcano utuntur, quinimo violentas & absurdas sæpe species apponunt. Certe nullus adhuc extitit, qui *in omnibus Regulis* hoc titulo comprehensis id *κατ ἑκαστα sigillatim* & ad plenum præstiterit. Quare haud parum reliqui hac parte nobis factum in processu operis deprehendi. Hujus vero rei seu arcani ad rem nostram multiplex est usus. Sic enim 1. & Regulæ suos intra fines limitesque coercentur, ne iis abuti quisquam in foro vel in scholis incondite, auresque everberare his Regulis fastidiose possit. 2. Sic Enantiophana facillime componuntur. 3. Sic Exceptionum, Fallentiarum, Limitationum, Ampliationum nebulæ compendiose dispelluntur.

5. *Quintus* labor fuit circa Regulas, quæ vulgo pro *fugitivis* habentur, quæque hunc in titulum Regularumque censum a Conditoribus relatæ perperam notantur: cujusmodi sunt summaria Constitutionum, ut est *lex* 29. & 101. vel Responsi alicujus, ut *l.* 191. de qua paulo post. Definitiones item nonnullæ, ut Regulæ, *l.* 1. Hæreditatis, *l.* 62. Soritis, *l.* 65. (quæ duæ etiam postremæ in titulum jam superiorem de verborum significatione relatæ sunt) Donationis, *l.* 82. Divisiones, *l.* 152. *in princ.* Verborum significationes seu nominum definitiones, ut *l.* 52. 72. 74. 82. §. 1. *l.* 101. 102. *in prin.* *l.* 110. §. 3. *l.* 121. 173. §. 1. Distinctiones, *l.* 73. §. 2. Tractatus integri, ut est *lex contractus* 23. Antitheses nudæ, *l.* 16. 159. *Συγχωρησις concessio*, ut est lex 31. 59. Exceptiones denique Regularum, ut *l.* 77. 85. §. 1. 195. 205. Verum ubi ad singulas Regulas deventum erit, ostendemus recte quoque eas hoc titulo comparere, atque in censu regularum stare posse: Et quidem illas ipsas quæ de verborum significatione sunt, triplici ratione: 1. Nam & *rem* quæque est, breviter enarrant, seu brevis rerum narratio

 in

in his traditur: denique quod JCtus ait in *l. regulariter 9. D. de hæred. petit.* res *regulariter definitur*, id est, per modum regulæ. 2. Inque iis omnibus non tam sonus verbi spectandus venit, quam vocis *ἐνέργεια vis & potestas*. 3. Denique quod illis legibus definitur, pro regula seu ratione decidendi ad propositos casus substernitur. Exemplo sit vel hæreditatis definitio *l. 62.* Et certe proximo confinio cohærent semper verborum & rerum significationes; quod vel ex titulo *de verborum & rerum significationib.* constat. Unica tantum lex, si quæ hoc titulo occurrat, fugitiva mihi maxime visa, semper dicta *lex Neratius* 191. Ubi consultus super quadam quæstione Neratius JCtus proponitur: ejusque responsum memoratur: satis enim ibi erat, extrema illius legis regulæ vice proponi, paucis additis.

6. *Sextus* labor fuit circa *concordantes* regulas, easque quæ frustra hoc ipso titulo *Repetita* dicuntur, cumque molestia & fastidio inculcantur. Verum equidem est, eandem in sententiam complures regulas hic positas: exemplo sit, vel regula illa qua *Heredes eodem jure quo defunctos haberi*, inculcatur octo legibus, puta *l.* 54. 59. 62. 120. 128. §. 1, 143. 156. §. 2. 160. §. *ult.* Item altera, *de Pœnalibus actionibus, ex dolo seu delicto defuncti in hæredem non dandis*, quæ quinque legibus inculcatur, *l.* 38. 44. 111. §. 1. 127. 164. Imo est, ubi totidem pene verbis eadem regula hoc ipso titulo repetita extat: ut *lex* 78. in *l.* 189. *lex* 129. §. 1. in *l.* 178. Unde videre est, Interpretes passim concordantes regulas unam in lineam nullo discrimine conjicientes, easque omnes vel plerasque una fidelia dealbare: atque ideo, ubi ad posteriores deventum est, Lectorem ad superiores remitti, neque in imo quidquam residere; verum ubi circa priores restiterint, potissimamque commentariorum partem in iis absumpserint, transmissis posterioribus ad finem velut præcipites ferri. Sed perperam: in singulis quippe regulis concordantibus singulare quid semper occurrit, vel aliæ aliis nonnunquam clariores & apertiores sunt, ut proinde singulis sua quasi condimenta ferculis conveniant, non, ut in unam Æsopi patinam, omnia. Quare & nos etiam singulis interpretandis institimus, ostendimusque sedulo in quonam eæ concordarent, in quo differrent: inque id etiam concordantium Regularum synopses sæpe confecimus.

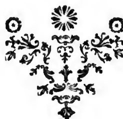
7. Retro septimoque loco nonnullas Regulas quæ pro concordantibus perperam habentur, nihilque minus sunt quam concordantes accurate sedulo ab invicem distinximus veluti *legem Nemo alieno nomine* 123. *in princ.* a *l. actus legitimi* 77. *legem in his quæ officium* 178. *in princ.* a tractatu *legis femina* 2. *legem*, *Nemo potest*: 70. a *d. l.* 123.

8. *Octavo* etiam loco subinde ex *Praxi* species quasdam adspergere libuit, ut ita Lectorem foro paulatim adsuefacerem, recteque applicandarum Regularum usum & specimen gustumque aliquem darem; sed intra modum.

9. Postremo loco geminum *Indicem* accuratum confecimus: Priorem, quo materiam omnem quæ hic occurrit, ad ordinem literarum comportavimus, quo sane jam opes hujus tituli in apertum educuntur: multaque adeo quæ visum ferme fugiunt vel transmitti solent, adnotantur. Ita enim Indices collecto vel levissimo pulvisculo confici oportere censeo, in hujusmodi vetustatis reliquiis; quod & in aliis veteris ævi monumentis scriptoribusque feliciter hodie passim præstari videmus. Optandumque idem quoque aliquando præstari in libris Justinianeis: dummodo a felici & solerti manu aliqua id fiat, quod & sine subsidio publico confici non potest. Nam his duobus velut in

in tanto opere juxta opus. Alter Index est, quem & ſupra indicavimus; quo ſcilicet ad ordinem Pandectarum regulæ omnes remiſſive diſpoſitæ ſunt.

Inter hæc tamen, quidquid ipſe præſtare conatus ſim, extrema arena, deprecandæ mihi veniunt mendæ quæ hac editione plures admiſſæ, tum amanuenſium vitio, qui manum meam in adverſariis meis minus ſæpe adſecuti ſunt: tum vi contumaciſſimi morbi, qui jam annum & ultra me tenet. Repetita, ſi Deus vitam fecerit, prælectione emendatior aliquando prodibit, ut ſpero, Editio.



JA-

JACOBI GOTHOFREDI JCti.

AD

RUBRICAM TITULI

ET AD LEGEM I.

1. PAULUS libro sextodecimo ad Plautium.

1 *REGULA est, quæ rem quæ 2 est, breviter enarrat. Non ex Regula jus sumatur, sed ex Jure, quod 3 est, Regula fiat. Per 4 Regulam igitur, brevis rerum narratio traditur, &, ut ait Sabinus, quasi causæ conjectio est: Quæ, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.*

1 PLAUTII verba. 2 QUÆ, i. quæque. 3 QUOD, i. quodquod.
4 PAULI interpretatio hinc incipit, ad finem usque.



RIUSQUAM hujus tituli *Rubricam* (quæ sese prima alioquin offert) illustramus, prima omnium hujus tituli lex explicanda nobis venit; quandoquidem ea *Regulæ* definitionem continet: Frustra quippe illud disquireremus, quod Rubrica continetur, quid per *diversas* Regulas intelligendum sit, quid per *jus antiquum*, quid per *juris antiqui Regulas;* nisi prius illud præstruxerimus noverimusque, quidnam *Regula* sit: quandoquidem ea hujus Tituli Rubricæque materies est, seu subjectum. Quare etiam ejus definitionem initio statim Tribonianus ex Plautio, Pauloque, præmissam recte voluit. Quæ quidem eo accuratius uberiusque nobis tractanda explicandaque venit, quando, quæ ad rem semel diximus, toto hujus tituli spatio decursuque, animis diligenter obversari oportebit, ut ita certissimum intellectum uberrimumque ex singularum Regularum interpretatione fructum capere possimus: præsertim, quando ea a paucis admodum recte intelligitur, a nonnullis etiam carpitur: nam & *obscuram* Rævardus aliique nonnulli putarunt: *fugitivam* ab hoc titulo Cujacius prodidit: ab aliis alicubi perperam emendatur, suppleturve; sed &, unde tota lucem desideret, hactenus nescitur. Adde, quod quintum, Pauli verba a Plautii verbis minus ibi distinguuntur. Postremum, quo fine hanc R. definitionem Plautius Paulusque proposuerint, a paucis dinoscitur. Nobis igitur annitendum

dum ſedulo, uti diſcuſſis ſemel errorum nebulis, hæc Regulæ definitio ſeſe ſtudioſis omnibus hoc loco poſita, intactaque, deinceps, probeque intellecta, commendare poſſit.

Fugitivam ſane (ut hinc incipiam) dici ipſa diſciplinarum tradendarum ratio non patitur: quando, omnis quæ ratione ſuſcipitur, de re aliqua inſtitutio, a definitione ejus proficiſci debet: ut omittam, & ipſas definitiones in Regularum cenſu recte ſtare.

His ita præmiſſis, duas, quod primo loco hic notandum eſt, hujus Legis partes conſtituo, & duplici quidem reſpectu: primum, reſpectu auctorum ſeu conditorum: prior ſcil. hujus l. pars eſt *Plautii* JC. Altera, inde, *Per Regulam igitur*, eſt *Pauli*, qui ſuperiora a Plautio tradita, illuſtratum ivit. Secundo, reſpectu materiæ: Continetur ſcil. utrobique primum *definitio* R. deinde ſubjiciuntur generalia quædam Monita, ſeu Cautelæ, Regulis recte utendi, & ſic ut dicam *ſeſes*: Omnia vero eo tandem fine, ut oſtendatur, Reg. Catonianæ, qua de mox, locum non eſſe in manumiſſionibus ſeu libertatibus. Ergo, quod ſecundo loco notandum, Reg. definitur, ſeu deſcribitur a Plautio JCto quod ſit, Quæ REM, QUÆ *eſt*, *breviter enarrat*: Quæ definitio continet materiam regulæ ejuſque formam. Quod materiam attinet, ait JCtus REM, QUÆ *eſt*: ubi *Res*, eſt, quod tertio loco hic notandum, *res propoſita*, quæcunque materia ſubjecta, *το υποκειμενον ſubjectum* quodcunque, quomodo apud Rhetores & Oratores nominatim ea vox uſurpatur. Addit JCtus quod quarto loco hic notandum, QUÆ *eſt*, id eſt, quæque eſt, ſeu quæcunque illa ſit: *quaque*, pro quæcunque, qualiſcunque: Ita enim id explicandum vel legendum eſt, vulgata Pandectarum Florentinarum alicubi promiſcue ſcriptura, ubi repetitæ totidem literis ſyllabæ ſemel tantum exprimuntur: quomodo & mox infra, *ex jure* QUOD *eſt*, ſcriptum erat, pro *Quodquod eſt*: ſimiliter ut *in l. queret 135. D. de V. S.* editum, QUALEM, pro *qualem qualem*. Ergo *Res queque* hic dicitur, quomodo promiſcue in Edictis, veluti de minoribus, aleatoribus, injuriis, UTI QUÆQUÆ RES ERIT, *Quaqua* res, id eſt, quæcunque tandem illa ſit: unde & mox in Pauli interpretatione vox *Rerum* in plurali uſurpatur: Plautii quippe definitionem illam enarrans Paulus, jam plurali elocutione ait, quod *per Regulam brevis RERUM narratio tradatur*. Sic ſane & Græci. Rhetores *το εκαϛον* vocant *rem omnem*, quæ Rhetorices & Oratoriæ materia eſt, teſte Philoſopho 1. Rhet. ad *Theod. 2. η Ρητόρικη εϛιν δυναμις περι εκαϛον τε θεωρησαι το ενδεχομενον πιθανον Rhetorica eſt facultas contemplandi & perſpiciendi omnia, quæ perſuaſionem admittunt.* Idemque ibidem *το δοθεν datum* vocat rem propoſitam. Et Gorgias Leontinus Materiam Rhetorices voluit eſſe *omnes res*, de quibus Orator optime poteſt dicere, ut refert Cicero de *Inventione*; & ſic infinitam & immenſam huic artificio materiam ſubjecit. Et Craſſus apud Ciceronem 1. *de Oratore. Orator erit, qui QUÆCUNQUE Res inciderit, quæ ſit dictione explicanda, prudenter & compoſite & ornate & memoriter dicat*: MOX, *quæ ſint in* QUAQUE RE. Quare & hic *res quaque*, eſt omnis juris materies legalis, Juridicialis, juris controverſia, quæſtio civilis, poſitio, *θεμα thema*, res propoſita, de qua lis eſſe poteſt: unde *res* etiam pro lite, de qua Judex pronuntiandum habet: ſive ea quæſtio vel propoſitio infinita ſit, & ſic *θεσις theſis*: ſive finita, & ſic *υποθεσις ypotheſis*: rurſum, ſive *ſingularis* ea quæſtio ſit, ſive communis multis ſpeciebus: ubi regula, id quod in ſingulis æqualiter juris eſt, brevi & generali narratione complectitur: ſemper enim

enim summa quæstionis sive litis, propositionis, & decisionis, in regulam aliquam definit, summaque ejus decisio comprehenditur: vel ut Plautius hic ait, *rem, quaqua est, regula breviter enarrat*: ut Paulus, *brevis per eam rei narratio traditur*. Ergo, ut id repetam, *res quaque*, hic est, *res proposita* (quæ verba usurpat & Quintilianus in definitione definitionis) το δοθεν, materia quæcunque juris, ac proinde & regulæ: Nempe, ut Juridicinæ seu Jurisprudentiæ, ita & regulis res quæcunque subjectæ sunt ad judicandum, definiendum, &c. hæc earum materies est. Haud aliter atque materia Rhetorices sunt OMNES RES. QUÆCUNQUE ei ad dicendum subjectæ, teste Cicerone *de Inventione*, *&* 1. *de Oratore*. Quintiliano *lib.* 2. *cap.* 21. ut proinde Jus & Regulæ non minus quam Rhetorice *circumcurrentes* dici artes possint, quia in omni materia, in quaque re versantur sibi subjecta.

Sequitur jam altera definitionis Reg. pars; nempe *forma* regulæ; ubi dicitur, quod ea rei narrationem eamque brevem contineat: ubi primo (quod *quinto loco* hic observandum) notanda est vox *Enarrandi*, & *Narrationis*, indidem, seu ex eadem Oratoria, desumpta: *Enarratio* vel Narratio est εκθεσις πραγματος, seu διηγησις & καταστασις *facti expositio, deductio & constitutio*: factum præcipuum & maxime proprium causæ seminarium σπερματισμος, *seminatio* totius causæ, oratio docens auditorem quid in controversia sit, ut Apollodorus definiebat narrationem, teste Quintiliano.

Brevis autem, quod *sexto* hic loco notandum: nam hæc ut narrationis, ita & Reg. inter alias dos seu virtus est, ut & Definitionis, quæ est rei propositæ dilucida & breviter comprehensa verbis enunciatio, seu brevi complexu verborum, auctore Quintil. *lib.* 7. *cap.* 3. Eandemque & Aphorismis Galenus brevitatem tribuit: Brevis, inquam, narratio, cum recisis omnibus, sublatisque non necessariis, nec cognitioni quidquam nec utilitati detrahitur. Et profecto inter tres narrationis virtutes brevitas censetur, teste Isocrate (a quo tamen Aristoteles dissensit, & dissenserunt Theodorei) auctore ad *Herenn.* ubi pariter ait: *Rem breviter narrare poterimus, si*, &c. Cicerone ad quem v. & Marium Victorin. *pag.* 130. 131. Rhetoricorum auctore ad Alexandrum, Quintiliano & Theone, Severiano, Fortunatiano. Quare, quæ de βραχυλογια, i. de brevitatis studio in commune hic prolixe Decius aliique tractant, hinc omnino aliena sunt: de brevitate enim *narrationis*, & Regulæ nominatim, hic agitur, qua res quæque breviter enarratur animoque subjicitur, summa cujusque rei traditur: unde etiam, ut omittam alia, apud Plautum, *in Milite* enarrare argumentum.

Et cum narrationi omni, Regulæque id conveniat, convenit & tribuitur hic speciatim Regulæ Juris: quod septimo hic observandum, quæ *ex Jure facta est*, & concinnata: Nempe cum hæc Regulæ sive definitio sive descriptio omnibus regulis in quocunque scientiarum genere conveniat, convenit quoque Juris Regulæ, quod ea videlicet rem Juris & quæstionem propositam, quæquæ illa sit, breviter enarret, seu rei ad jus pertinentis eique subjectæ per eam narratio tradatur. Est enim *Jus* materia Regulæ, seu præexistens quid: & ut in illo est *το επιστητον προτερον της επιστημης quod scitur prius est scientia*: Regula vero, formale, seu formula quædam juris. Ex JURE FACTA, quod Plautius hic ait: facta, inquam, seu concinnata, ingeniis atque opera Juris conditorum. Et sic regula tempore posterior quam jus. Unde & Paulus iisdem ad Plautium libris, (unde hæc lex desumpta est) vel ipsemet Plautius, regulas juris *Commentitium*

titium jus vocasse cui videri possit, in *l. si pœna* 20. *D. de pœnis: si pœna*, inquit, *alicui irrogetur, receptum est commentitio jure, ne ad hæredes transeat*. Quandoquidem ea hic Juris Reg. seu constitutio intelligitur, quæ toties etiam, puta *l.* 38. 44. 111. §. 1. 127. hoc titulo inculcatur, pœna ex delicto defuncti, hæredem non teneri. Nisi ita potius hunc locum quis interpungat, *receptum est, commentitio jure ne ad hæredes transeat:* Ut ita JCtus commentitium jus vocaverit fictitium, quo hæredis alias persona eadem cum defuncto fingitur: sic & commentum adoptionis, aliaque similia. Ad rem. Igitur hic opponitur Regulæ Jus: quod & proprie *jus constitutum* dicitur, quomodo id diserte idem Paulus hoc ipso *lib.* 16. ad Plautium vocat *l.* 20. §. 3. *D. de statulib.* quod scil. aliqua nominatim Juris species constitutum fuit: ut in illo, *Non omnium quæ a majoribus constituta sunt ratio reddi potest*; vel etiam usu invaluit & obtinuit. Quanquam & ipsa regula, jam recepta, *constitutio* dicitur, *l.* 1. *de privatis delictis*. Proprie tamen Reg. sui initio inspecto, constitutio non est: verum jus quod Prudentes excogitarunt, concinnarunt, *fecerunt ex jure, commenti* sunt & commentati, sive assidua fori tritura *ἐν πολλῷ χρόνῳ συλλεξάμενοι a multo tempore perspexerunt*; ut Philosophus de Legislatione, sive jus constitutum seu usurpatum per plures species, unam in regulam, ceu brevem quasi lineam, conjiciendo: ut ita essent, tum juris studium ingredientibus, velut quædam genere Θέσεις *theses*, positiones, communes notiones, κοιναὶ ἔννοιαι, primaque adeo velut Juris elementa; tum in foro versantibus atque in rerum actu occupatis, brevia quædam, & ad rem quamque jurisque quæstionem, enarrandam, decidendam, apposita subsidia, & veluti *Lydius lapis* quidam: *Regulæ* denique, quod octavo loco hic notandum, imagine & translatione quadam, quæ nominis scil. sui officio fungerentur, i quæ non memoriam tantum juvarent, verum judicium, quod potissimum, ad æqui bonique notitiam informarent dirigerent. Quomodo & aliis omnibus scientiis & disciplinis suæ regulæ hujusmodi sunt, sua ἀξιώματα *axiomata*, sui ἀφορισμοὶ *aphorismi*: Stoicique a quibus JCti nostri imbuti sunt, brevia quædam ad manum præcepta cuique esse volebant, & tradebant, quæ ad usum succurrerent, προχειρα βοηθήματα μικρὰ λογάρια κομματικοὺς λόγους *manualia, auxilia, parva oratiuncula, breves sermones*, quæ quidem etiam βραχέα & στοιχειώδη *brevia & elementaria* fuerunt: de quibus Diogenes *in Zenone*, Marcus de *vita sua*: denique, quæ ut brevitate ingenium exercerent, ita memoriam non onerarent, qualia de Hippocratis aphorismis ferme Galenus scribit. Quare etiam duum generum hujusmodi Juris Regulæ sunt: vel enim, qui antiquissimus Regularum usus est, ex *jure* in foro jam olim recepto, manentes perque manus traditæ atque a prudentibus concinnatæ collectæque fuerunt, de quibus accipienda est *lex* 2. §. *his legib. D. de origine juris:* vel quarumcunque tandem *rerum*, seu *juris* constitutionum brevem summam conficiunt & enarrant: cujusmodi est quoque *lex* 28. *hoc tit.* etiam SCtorum: cui rei fidem facit, ut alia omittam, vel Scævolæ lex 38. *D. de injuriis*, *l.* 4. §. 1. *D. ad leg. jul. majest. l.* 14. §. 1. *de adulter.* quæ sunt ex libro ejus quarto Regularum.

Vel ex his puto jam satis patet, quid Regula sit, quamque late ea accipienda sit, quidque adeo illud sit, quod hic dicitur, *regulam esse quæ rem, quæque est, breviter enarrat:* seu, regulam esse, *per quam brevis rerum narratio traditur*, nulla hic admissa ἔλλειψις, quod hic sibi Rævardus fingebat, quasi hic supplenda & subaudienda sit

vox, definitam, *rem definitam*. Ut mox idem supplet, ibi, ex *jure*, *quod est definitum*, ut scil. Regulam id unum esse hic adstruat, quæ rem fori disputatione definitam & consensu JCtorum receptam breviter enarrat: Qua restrictione & interpretatione nil insulsius. Et apposita tamen adhuc, quod nono hic notandum, altera e foro semper seu Oratoria translatione seu similitudine quadam, Paulus rem hic magis magisque illustratum ivit, idque ex Masurio Sabino, procul dubio e primo ejus Juris Civilis libro: Is scilicet, naturam vimque Regulæ compendiose simul & graphice descripturus, eam *Causæ Conjectioni* comparabat. Ita enim recte legitur in optimis Florentinis Pandectis & Haloandrinis, ut ex Afranio, *apud Nonium*, Asconio, *in 3. Verrinam*, A. Gellio. *lib. 5. cap. 10. & lib. 17. cap. 5.* ab aliis jam, & in his Duareno, Ranconeto, Loriolo, recte observatum est. Ubi quid *causa* sit notum est, υποθεσις *ypothesis* scilicet definita, ut & quid genera *causarum* sint apud Rhetores & Oratores. *Causæ* vero *Conjectio*, quod decimo loco hic tenendum, veteribus Oratoribus dicebatur argumentum breve, seu brevis quædam narratio, διηγησις κατασταςις, *deductio*, *constitutio*, qua Oratores & litigantes, cum ad judicem ventum erat, antequam causa penitus ageretur, rem quasi per indicem Judici exponebant, & causam in breve cogebant conferebant, imaginem denique litis exponebant, narrabantque; quæ & apud Athenienses προβολη *preludium* dicta, a pugilum ferme statu, ut attentum facerent Judicem vel memorem eum dimitterent.

Quare peccatum in vulgatis, & a Græcis Basilicis, & exinde in synopsi Basilicorum *tit. 3. lib 2. cap. 1.* & ab Harmenopulo *lib. 6.* & a veteribus Interpretibus, Johanne, Placentino, aliisque qui hic *causæ conjunctionem* legerunt, vel verterunt συνδεσμον, *colligationem*, ut ab Alciato, Petroque Fabro jam recte observatum est: quod & sequentes ratione s evincunt. Primo quidem, quod hic regula dicatur *QUASI causæ conjectio*: hæc enim vox QUASI ostendit, *alludi* hic ad similitudinem quandam & imaginem: atquin si *conjunctio* hic legendum foret; vox QUASI omnino abundaret, quod etiam Alciatus recte animadvertit, *lib. 5. parerg. cap. 1.* abesseque deberet: nam regula revera est conjunctio, συνδεσμος *connexus*, quidam, puta singularium casuum multorum in unum consonantium, seque eodem modo habentium, harmonia, concentus: εκ πολλων της εμπειριας εννοηματων καθολου μια περι των ομοιων υποληψις, *multarum scientiæ notionum in universum una ex similibus acceptio*, quod de arte dixit Philosophus. Deinde, refutat eos vox CAUSÆ: causæ, inquit, conjectio: Causa est hic, quod jam dixi, υποθεσις *ypothesis*, seu controversia, quæstio juridicialis, lisque adeo in judicium deducta: non ut voluit Joannes, ratio: quasi id his verbis indicetur, officium esse Regulæ clavo rationis plures rationes similes conjungere. Apposite igitur Sabinus regulam causæ conjectioni æquabat: nam ut causæ conjectio apud Oratores, atque in foro, erat, rei causæque & quæstionis propositæ judicandæ quædam in breve coactio, narratio, ita quoque Regula, & quidem Juris, est cujusque rei, litis, juris, constitutionis, decisionis, brevis narratio summaque complexio, & ανακεφαλαιωσις *epilogus*, quædam. Quomodo & Paulus ad Rom. *cap. 12. vs. 9.* εν τουτω τω λογω ανακεφαλαιουται *in hoc sermone*, id est *summatim comprehenditur*, conjicitur, breviter narratur, constringitur. Augustinus. *In quibus* CAUSA *summatim reperitur*, *quam vocant* ανακεφαλαιωσιν *regulas*.

Et quia Paulo, Sabinoque regularum vim translatione quadam exprimere visum fuit, age

age non absimili ratione Reg. recte vocaveris, vel colophonibus æquaveris, quod Cujacius recte monuit. *Colophones juris*, seu summa fastigia & apices: quomodo Epicurus suos canones seu regulas suas colophones vocabat, teste Laertio, Neque minus recte dixeris *υποτυπωσεις regulas*, quomodo & Paulus Apostolus dixit 2. ad Tim. 1. *vs.* 13. *υποτυπωσιν υγιαινοντων λογων*, id est *veram regulam salutarium sermonum:* sed & *υποτυπωσεις regula* Astronomicæ doctrinæ Procli inscribuntur.

Et hactenus quidem Regulæ definitio seu descriptio, tum a Plautio tum a Paulo tradita: Unde &, quod undecimo hic notandum, de Regularum *officio* & *Potestate* constare potest. Primo quidem quoad constitutionem earum, ut rem quamque breviter enarrat: secundo quoad usum, ut ad similium causarum casuumque decisionem adhibeatur, hic enim alter earum usus est: regulæque OFFICIUM, ut hic dicitur: nempe ut JCti jusque dicentis officium instruat, judiciumque dirigat. Quod ut veteres JCti recte sensere, ut docet vel *lex* 28. 46. *D. de pactis*, *l.* 3. *D. de transact. l.* 28. *D. communi div. l.* 12. *§. si quis*, *D. ad exhib. l.* 108. *D. de V. O.* & ipsemet Justinianus variis locis, ac vel potissimum in Decisionibus suis comprobat, ita & recentiores passim. Hinc illa Pragmaticorum, Intentionem ejus bene fundatam esse, quæ in Reg. fundatur: Item, standum Reg. donec contrarium probetur, vel singularitatis ratio adferatur, vel diversa facti circumstantia fuerit probata, quam in rem v. *l. quoties*, *D. si quis caut. l.* 2. *si quis in jus voc.* Item, eum qui Regulam pro se habet, transferre onus probandi in adversarium: Actorem qui contra regulam quid adducit, non esse audiendum. Iterum, Judicis esse in pronunciando sequi Regulam, exceptione non probata. Ad quas similesque sententias referenda est omnino *lex* 5. *D. de probat. l.* 4. *§. puto recte*, *D. de hæred. instit.* Breviter, regulas certum & empiricum veritatis testimonium de jure continere. Sed & jocülariter Accursius, & post eum Jason, & vere tamen, nos regulis juris firmos stare oportere, sicut Bononienses inhærent carrocio: licet aliqui capiantur de ejus custodibus: Ad cujus proverbialis locutionis intellectum videndus est Pandulphus Collenutius *lib.* 4. *histor. Neapol. pag.* 134. 135.

II. Sequitur nunc alterum hujus Legis caput: brevia inquam quædam MONITA seu CAUTELÆ Regulis bene utendi: ac veluti *sepes* quædam, ne alioquin harum usus in promiscuo sit; eæque incondite usurpentur: quo etiam fine ipse Plautius ipsam quam modo expendimus Regulæ definitionem seu descriptionem præmisit. Primum monitum seu prima sepes & cautela est negativa: quæ occupationem continet & *αντιθεσιν antethesim* quandam, dum ait: *non esse jus sumendum ex Regula, sed ex jure quod est Regulam fieri*. Id vero non eum sensum habet, quasi (quod Rævardus putabat) indicetur, regularum non tantam unquam fuisse auctoritatem, quanta Legum, plebiscitorum, & cæterarum Juris specierum fuit, vel quasi ad Juris decisiones, Regulis uti non possimus, non debeamus: Quomodo enim id stare possit, cum non alio fine Regulas commenti sint & commentati veteres Jurisprudentes, regularumque in commune officium sit, rectum probare; & ut ad similium causarum casuumque decisionem valeant: utpote cum ææ sint concentus, *αρμονια συνοψις armonia prospectus*, plurium rerum eodem sese modo seu eandem affectionem habentium. Et vero passim veteres JCti regulas in sententiam suam advocant, placitisque suis ea ceu firmamenta supponunt: Neque quicquam frequentius? Non igitur ad elevandam Regularum vim & auctoritatem

hæc a JCto dicuntur, qui ſane frequenter ad Regulas Juris provocat. Verum eo ſpectant, ut hoc velut monito caute iis prudenterque utamur. Nempe ut maxime juſtæ regulæ ſint, brevemque rei cujuſque narrationem cauſæque conjectionem complectantur, attamen non eouſque ſui valere momento debent, ut illico quarumlibet cauſarum caſuumque promiſcue deciſio exinde peti poſſit. Id enim eſt *Sumere jus* ex Regula, iis inquam promiſcue inniti, ad cauſarum deciſionem, ad jus ſtatuendum eas promiſcue uſurpare, nullo alio præterea attento: quo ſenſu quoque *judices* Arbitrive ſumi dicuntur, liti decidendæ. Quare ſuaves ſunt hic Interpretes, qui hic obſtupeſcunt, quaſi JCtus dixiſſet, regulam juris non continere, non ſuppeditare jus aliquod, eique ilico, quod ſuavius eſt, regulam Catonianam opponunt, ex qua tamen jus ſumatur: Et in hoc quidem exemplo ſuaves maxime, duplici nomine: nam & illius ipſius Regulæ Catonianæ occaſione id dixit JCtus, ex regula jus ſumi non oportere: Unde & JCtus propoſita ea, ſtatim ſubjicit, eam definitionem in quibuſdam falſam eſſe *l. 1. D. de regula Caton.* ut apparet quoque ex *l. cum legato 17. D. quando dies leg. jus ſumi* ex aliqua re, eſt eam ad quaſcunque res cauſaſque promiſcue earumque deciſionem aptare, nullo delectu, eaſque pro JURE obtrudere: iis adhibitis caſus prout ſeſe dant promiſcue decidere. Sequitur Monitum ſecundum ſeu Cautela affirmativa, quidque adeo in his ſalebris faciendum nobis ſit, uti Regulæ & recte conficiantur, & confectis iis commode utamur. Nempe unum iſtud, quod Plautius ipſe hac l. ſuggerit, *ut ex jure QUOD eſt*, (i. quodquod illud ſit,) *Regula fiat*: ſeu, ut Paulus Plautii Interpres ſubjicit, *ne vitiari eam in aliquo ſinamus, ne alioquin vitiata perdat officium ſuum*. Quæ quidem verba non pertinent ad indicandam nudam regularum originem, quomodo hoc nonnulli accipiunt: verum ad rectam earum conceptionem, legitimumque earum uſum: id eſt, ut ea Juris pars, materies, articulus, ſpecies, ſubjectum, *υποκειμενον και πρωτοτυπον ſubſtratum & prototypum*, ſic ut dicam, genus tandem proprium, liquido teneatur, & ad ſuam juris ſpeciem Regula reſtringatur: & ſi quando aptanda ea ad propoſitam aliquam juris quæſtionem ſeu controverſiam videatur, illud attendatur, num omnes circumſtantiæ, qualitates, in caſu propoſito concurrant, quæ in eo concurrunt, ad quem & cujus cauſa Regula ſemel confecta fuit: pariter ut in Narratione (quo hac R. alluditur) omnes circumſtantiæ delibantur, teſte Quintiliano. Atque ſi dicerent Plautius Paulusque: ſi quando Regula juris ſeſe offerat in caſu propoſito, ſi qua aptari poſſe videatur & ſuccurrat, ſi qua in medium adducatur, illico tranſitum faciendum eſſe ſeu recurrendum ad REM ſubjectam, ad JUS, ſeu ad eam Juris ſpeciem, eam univerſitatem, ex qua & ad quam eam Regulam commenti ſunt & commentati Prudentes: denique in Regulis Juris perpetuo quærendum, undenam ſeu e qua materia deſumptæ ſint, ſuos ut ad locos referantur; ut ita congruant inter ſe Regulæ ſeu præcepta & experimenta. Id ſcilicet eſt *Regulam ex jure fieri, non ex regula jus ſumi*. Qua haud abſimili alioquin formula & antitheſi idem Paulus, qui ſibi hoc in genere placuit, iiſdem ad Plautium libris, in quadam ſpecie *l. 6. D. de ſolution.* ſcripſit: *Non ordinem Scripturæ ſpectari, ſed potius EX JURE SUMI oportere id quod agi videtur:* Et Tertullianus ſimiliter *de pudicitia cap. 9.* de parabolarum interpretatione & applicatione: *Nos autem*, inquit, *non EX parabolis materias commentamur, ſed EX materiis parabolas interpretamur*. Sic & apud Grammaticos præcepta & regulæ non faciunt
uſum

usum, sed usus præcepta. v. Horat. *de arte poet. in pr.* Eademque ratione recte dixeris, quod Cujacius unum notavit, non ex formula actionis jus sumi oportere, sed ex jure, quodquod illud sit, formulam sumendam, quia ex Legibus formulæ compositæ sunt *l. 2. §. deinde, 6. D. de origine juris*. Et istud jam est, quod Doctores, & in his Decius, ex Scholastica Theologia mutuatum efferunt, regulas esse transitivas, id est, quod de Regula fiat & fieri debeat transitus ad Jus: sed male iidem, quod intransitivas quasdam juris Regulas constituunt, veluti Regulam Catonianam & similes: nam imo, ut aliæ omnes juris civilis regulæ, ita hæc ipsa quoque Regula Catoniana, nisi ex JURE fiat, id est, nisi ad id Jus, eamque juris speciem, subjectum adæquatum, restringatur, aptetur, cujus causa confecta fuit, vitiata officium suum perdet: uti mox pluribus ostendetur. Et sane Cato regula illa non novum jus aliquod induxerat, verum id quod in foro vulgo multis in casibus eodem modo sese habentibus per manus receptum erat, tradebaturque, observabatur, in brevem & concinnam regulam, velut in lineam, brevemque causæ conjectionem, conjecit, indeque regula Catoniana nomen obtinuit. Atque hic jam genuinus horum verborum sensus est, *ex Jure QUOD est Regulam fieri oportere*. Non vero, ut nonnulli, qui ita accipiunt, Regulam esse æstimandam ex vera rectaque juris ratione, non vero ex exemplorum multitudine.

Eodem pertinet & tertium hujus legis monitum, quodque superioribus illis explicandis a Paulo additum est: *Quæ si in aliquo vitiata est, perdit officium suum*. Quæ quidem ipsa Regularum auctoritati nec quicquam detrahunt: sed monitum, ut dixi, continet has recte usurpandi aptandique: quoque indicatur quam periculosæ eæ sint, nisi accurate spectentur: hoc sensu, nil tam leve vel minimum Regulis detrahi, vel in his præteriri posse, vel in ALIQUO vitiari, quin statim obstipæ & falsæ sint: ac proinde nisi eadem omnia concurrant in casu proposito, eidem minime recte aptari. *Vitiari* Regula hic dicitur, ne quis erret, non quæ latius forte aut arctius, male denique, concepta est, tum enim *vitiosa* dicenda esset, imo ne regula quidem. Quomodo & Timæus apud Polybium *lib. 12. pag. 658.* οταν τον ευθειας και της προς ταυτην οικειοτητος ουκ εγγιζει παντα μαλλον δειν, η κανονα καλειν *quum ad rectum & ad ejus cognationem non appropinquat, omne aliud quam regulam dicere oportet:* & Lucretius,

In fabrica si falsa est regula prima,
Omnia mendose fieri atque obstipa necesse est.

Rursum *vitiari regulæ* non dicuntur, quæ exceptiones aliquas patiuntur, seu quibus per exceptiones derogatur, ut plerisque Interpretum placet; quo sensu alioquin vitia Regulæ dicuntur *l. 11. §. 2. D. de donat. int. vir. & ux.* Regulæ enim non vitiantur exceptionibus, sed declarantur potius: Non etiam, quasi vitium in se contrahant; verum quæ minimum seu in minima circumstantia a re casuque proposito aberrant, ου σημαινουσι το υποκειμενον *non significant subjectum*, ut Basilica Græcique hic habent: & sic quæ falso casui proposito aptantur, extra genus suum: id enim VITIUM vel VITIOSUM hic dicitur, ipsæ interea non vitiosæ, argum. *l. 77. infr. h. t.* Id igitur est vitiari Regulam: nempe cum (ut Oldendorpius recte) negotiorum varietas ingerit sæpe diversitatem quandam aut sine vitio iniquitatis non possit ad talem facti speciem definiendam regula allegari: vel, ut alius dicit, cum casus externi, qui videri nonnullis potuissent sub Regulæ ambitu comprehendi, non tamen comprehenduntur. *Perdere* item *officium*

cium suum Regula dicitur, cum in genere suo prorsus illæsa, a proposito casu aliena est; cum aliqua re inhibetur ne officio suo fungatur, ne vim & potestatem suam exerat: nam Regulæ officium est, judicium, ad casus propositos regere & dirigere: *Officium Regulæ* est *κανόνος ἰδιότης regulæ proprietas*, ut Timæus dicto loco. Quare non audiendus est hic vir doctus, qui hic reponebat, *prodit officium suum:* Prodere enim officium, est ultro ab officio suo desciscere: quomodo apud Ciceronem 4. *Academic. lacerari potius quam aut officium prodat aut fidem*. At *perdere officium*, est inhiberi re aliqua quominus officium faciat suum. Quintilianus ita *lib.* 8. *cap.* 8. *neque oculos esse toto corpore velim, ne cætera membra suum officium perdant:* Etsi alias *perdendi* & *prodendi* voces in MSS. sæpe variare scio: sic sane quoque Plinius *lib.* 2. *ep.* 19. dixit, *actiones* seu Orationes, quæ recitantur, *prope nomen suum perdere*. Quare, ut id repetam, audiendi non sunt, qui hisce verbis, *quæ si in aliquo vitiata est, perdit officium suum*, id indicari putant, vitiari regulas, id est, eis derogari per exceptiones: atque adeo de Exceptionibus regularum prolixe hic agunt: quam etiam interpretationem recte vellicant alii, Massa, Hotomannus & Freherus 2. *Parerg.* 12. Neque enim ob quamcunque tandem exceptionem ideo regula vitiatur, officiumve suum perdit, aut regula esse desinit, est enim exceptio secretum quid a regula; ac proinde tantum abest regulam vitiet exceptio, efficiatque ut officium suum perdat, ut contra firmet eam in casibus non exceptis, maneatque in *genere suo* illæsa, ut recte Oldendorpius, non ideo vitiosa ipsa.

Ex his jam patet, quod quartum monitum hic addi potest, & vero superiorum consectarium est, quam vere ideo dixerit Javolenus *l.* 202. *inf. Omnem definitionem* i. Regulam, ut ibi ostendetur, *in jure periculosam esse: parum enim esse, ut non subverti possit:* Ac si diceret, magnæ primum difficultatis esse artisque, aliquid universaliter seu in universum definire, regulaque comprehendere: Unde illud Scævolæ *l.* 14. *D. de div. & temp. præscrip.* de accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus. Cui haud absimile est, quod dicitur in *l. mora* 32. *D. de usuris*. Deinde, confectas quamlibet regulas magna industria, vel minima facti propositi circumstantia eludi, everti, subverti posse. Sic sane & Quintilianus, *lib.* 7. *cap.* 3. de definitione agens, eamque Philosophorum consuetudinem, & servitutem ad certa se verba in definitionibus adstringentium, improbans: *nam est PERICULOSUM*, inquit, *cum si in uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse videamur: optimaque est illa media via, qua utitur Cicero pro Cecinna, ut res proponatur, verba non PERICLITENTUR:* Mox subjicit: *non negaverim tamen hac quoque ut expedit causæ, esse facienda, si quando firma comprehendi poterit, & brevi complexu verborum finitio esse, id tum elegans, tum etiam fortissimum, si modo erit illa INEXPUGNABILIS*. Ergo definitiones seu regulæ periculosæ, quia & brevi complexu eas concinnare magnæ artis est, & confectæ facile expugnari, everti possunt. Et ideo quoque JCti regulas universales aliquo addito subinde emollire solent: non tantum exceptionibus nominatim additis, ut *l.* 17. *&* 73. *in princ. inf. h. t.* verum taxativis vocibus adjectis, plerumque, fere, ut *l.* 108. 153. 156. §. 3. 178. (quæ postrema & ipsa est ejusdem Pauli *lib.* 15. ad Plaut.) & *l.* 193. 205. 208. *h. t.* Hac de causa iidem regulas reprehendunt subinde, ceu non perpetuas: Exemplo sit vel *lex* 140. §. 2. *D. de V. O. l.* 40. *de condict. indeb.* & *titulus de regula Catoniana* (de qua mox.) Hac postremum de causa in praxi plus valet allegare casum in terminis termi-

minantibus decisum, quam multas Regulas universales coacervare, & decisio longe securior, quam si per generales Regulas vagemur. Ut non temere Felinus aliique definiant, pauperem Doctorem esse qui nesciat allegare casum in terminis terminantibus: contra, Doctoris eximii esse, per Decisiones speciales ire.

Et hæc quidem quæ modo dixi, dicunturque *h. l.* & *d. l.* 202. quatuor ferme de causis; tum ob Regularum brevitatem, quæ facit, ut facile in his aliquid desideretur aut incogitantia prætereatur, atque adeo parum plenæ sint, vel obscurum quid in his sit, aut ambiguum (quod & de definitione dixit Quintil. *lib.* 7. *cap.* 3.) tum ob singularia multa, quæ contra Juris rationem regulamque ex aliquo accidente vel æquitate constituuntur: tum quia rerum natura formis semper novas producat *l.* 2. §. *sed quia C. de vet. jur. enucl.* forique tritura, ceu Africa quædam, vel India, novi semper aliquid, ac pene dixerim monstri, reprehensionisque subinde producit: tum, ac maxime quidem, quia quæ RES Regulæ subjicienda sit, (quod & de definitione dixit Quintilianus *lib.* 7. *cap.* 3.) i. quarum specierum & casuum complexio & collectio, atque adeo JURIS articulus ei aptandus veniat, & ad quam speciem proprie spectet, non cuivis patet, aut passim occurrit. Ut vere dixerim, nulla in re perniciosius errari, fucumve fieri, quam sub auctoritate Regularum juris., & hujus scientiæ, ut in simili ferme dicebat ex Celso filio idem Paulus iisdem ad Plautium libris, *l.* 91. §. 3. *D. de V. O.* Hac denique de causa idem Fabius *lib.* 2. *cap.* 13. in sua arte profitetur, moris semper sibi fuisse, quam minime se alligare ad præcepta quæ Catholica dicuntur, id est universalia, perpetualia: nos Regulas dicamus, addita ratione, quæ legi nostræ & *d. leg.* 202. proxime accedit, imo gemina germana est: *RARO enim reperitur hoc genus, ut non labefactari parte aliqua, aut SUBRUI possit.*

Verum hæc utut sint, maximum tamen Regularum usum esse, ad Juris judiciique cynosuram, nemo est qui negare ausit: exemplo cæterarum scientiarum artiumque. Hinc adeo præcipuum antiquorum studium in concinnandis primum feliciter Regulis, dein aptandis iis ad casuum propositorum seu causarum decisionem: vide vel *l. cum legato* 17. *D. quando dies legatorum.* Tandem & in colligendis, interpretandisque peculiari opere Juris Regulis: Exemplo sit Neratius Priscus, qui libros 15. Regularum scripserat: Scævola quatuor: Ulpianus septem, & librum insuper singularem: Paulus septem, & duos singulares: Marcianus quinque: Modestinus decem: Licinius Rufinus duodecim: Pomponius unum: Gajus unum: ut præfert Index qui Pandectis Florentinis præmittitur. His adde antiquissimi omnium Q. Mutii Scævolæ librum *ὅρων regularum*, unde desumpta est quoque *lex* 73. *h. t.* Sed & Papiniani libros duos Definitionum, id est, Regularum: ut & Venuleji libros Definitionum: Judicio tantum subacto, ut in Monitis jam ostendimus, opus est: cum primis, uti genus adæquatum Regulæ, seu REM ei subjiciendam subjectamque, JUS denique ex quo Regula fit, probe teneamus. Quod ni fiat, periculosæ omnino erunt illæ, parumque erit, ut non subverti possint, denique vel in aliquo vitiatæ, perdent officium suum. Ut rem exemplis demonstrem, monitaque seu cautelas specialius hic edisseram: ubi regula in medium adducitur, animove succurrit, quasi ad casum propositum faciens, sequentia attendenda sunt. Primo, de quanam juris specie regula sit, quandoquidem Jus potentius vincere solet inferius: veluti ad Dei cultum pertinens, respectu humani: naturale, merum civile: publicum pri-

privatum. Secundo attendendum est, quod jam sæpe dixi, subjectum seu RES quæ subjicienda est regulæ: ne alioquin extra subjectum seu materiam regulæ subjectam trahatur. Tertio spectanda venit ratio & causa finalis seu intentio regulæ. Quarto, æquitas seu remissio rigoris regulæ, ob utilitatem aliquam; denique jus singulare seu περιστατικὸν *ad circumstantias pertinens* ex adjunctis seu circumstantiis. Alioquin si horum aliquid intercedat, regula officium suum perdit: quæ utique non perdit, si eadem omnia concurrant. Nullum appositum magis exemplum huc apponas, quam ex regula Catoniana. Et vero hæc prima lex seu regula, tum Plautii, tum Pauli, eo omnino seu ad eam speciem referenda videtur. Nempe cum *libro 16.* JCti illi duo (unde hæc regula desumpta est) agerent de manumissionibus, ut docet *l. 4. D. de manum. l. 18. D. de manum. vind.* (cui jungenda est *l. 78. D. de Jud.*) *l. 20. D. de statulib. l. 18. D. qui & a quib. manum*. Imo etiam *l. 179. inf. h. t.* ubi dicitur, *In obscura voluntate manumittentis favendum esse libertati*, quæ ex eodem libro desumptæ sunt; in illam sese quæstionem diffuderunt, non utrum regula Catoniana recte regula diceretur; de quo nemo dubitabat, (quod tamen nonnulli censent, atque ideo Plautium & Paulum definitionem regulæ hic proposuisse volunt, ut probarent eam revera regulam esse.) Verum utrum isti regulæ Catonianæ in *manumissionibus* quoque seu libertatibus locus esset; veluti si testator servo libertatem reliquerit, qui ipsius non erat testamenti tempore, seu postea demum ejus factus est; Quod utique negarunt. Proposita in id definitione regulæ, & cautela circa eam observanda: Nempe enim brevem hanc Catonis regulam pertinere ad ea legata, in quibus de RE familiari seu pecuniaria agitur, hanc REM breviter enarrare, seu de hoc JURE esse, Jurisque articulo, seu ex eo jure istam regulam confectam: denique hoc subjectum esse istius regulæ; non vero ubi de causa status, seu de Jure & Re libertatis agitur. Item non pertinere ad ea legata, quæ non a testamenti conditi tempore, verum ab adita hæreditate cedunt, cujusmodi est libertatis legatum *l. unic. §. Libertatibus C. de Caduc. toll. l. Nam cum libertas, D. Quand. div. leg. ced. l. Julianus, D. de cond. & demonst. l. qui putat, §. fin. D. de acquir. hered. l. qui testamento D. qui test. fac. poss. l. generaliter, §. si homini. D. de fideicomm. Libert. l. si privatus §. ult. D. Qui & a quibus manumiss.* Quare si ad REM liberalem seu ad Jus libertatis eam Catonianam regulam exigas aptesque, vitiata officium suum perdet. Quare & hoc nobis exemplo in hac Regularum expositione id cum maxime propositum erit, uti regulas, vagas alioquin, atque extra subjectum suum quamplurimum incertis sedibus errantes, suos intra fines compellamus, coerceamus, atque ad JUS unde singulæ confectæ fuerunt, sedulo referamus, in quo earum opes sitæ sunt: Ne alioquin, quod vulgo fit, regulæ in *brocardica* & *quodlibetica* evadant: vel eas innumeris Exceptionibus, quas *fallentias & limitationes* vocant, aut *Extensionibus* seu *Ampliationibus*, quæ duo nobis totum Jus Civile perturbarunt (de quo etiam Doctiss. Viglius *in §. ult. Instit. de inoff. test.*) insano potius quam improbo labore cumulemus. Quod quidem, tum aliis præsidiis, & in his accurata *verborum* explicatione, tum ac maxime quidem *Inscriptionum* cujusque Regulæ ope cum bono Deo præstituri sumus: Quod sane non omnes æque præstant: sive quia argumentum & arcanum istud seu mysterium, Leges regulasque ex Inscriptionibus-interpretandi, aut ignorant, aut alto supercilio contemnunt; vel denique in hujus arcani usu sæpe falluntur. Etsi fa-

fatendum, nonnullos jam Interpretes bonam & sedulam hac in re operam locasse: & in his potissimos, quique familiam ducunt, Cujacium & Petrum Fabrum.

Inter ipsa porro civilium studiorum, seu juris discendi, primordia studiosorum animos, generalibus juris regulis, & hoc quidem potissimum titulo comprehensis, imbuendos atque initiandos recte censet melior saniorque juris interpretum pars. Quidquid contra alii, qui definiunt a recta docendi ratione aberrare, qui junioribus hasce regulas una cum Institutionibus obtrudunt: quatuor ferme tum argumentis, tum præjudiciis. 1. Quod postremum hic titulus in calce Digestorum locum obtineat. 2. Quod Justinianus diserte hunc titulum post impleta demum studii legitimi curricula legi voluerit. 3. Quod Plautius JCtus hac prima regula præmoneat, regulam fieri oportere ex jure: unde colligunt, in docendo quoque & in discendo regulis postremum dari locum oportere: quandoquidem earum cognitio vel intellectus nonnisi ex anticipata juris cognitione haberi, percipi possit. Novissime quod regulæ ut accuratum interpretem, ita & solertes præparatosque & præmunitos aliunde studiosorum animos, anticipatamque quandam universi juris notitiam desiderent. Nam ut his omnibus strictim occurratur: Primo quidem, si præjudiciis res geritur, sane in Græcis Basilicis primo ferme omnium loco hic titulus positus est, haud alia ratione, quam qua is in Pandectis ultimum locum occupat, eo quod ad universum jus, quod Pandectis comprehensum est, spectet; inque eo tanquam exigua tabella universi juris instar quoddam & coronis contineatur, seu rudis quædam juris præceptorum generalium notitia. Et inanis ideo quoque querela est eorum, qui ultimum huic titulo in Pandectis locum adsignatum queruntur, qui tanquam generalis ex Philosophorum præcepto præponi omnibus debuerit, quos recte refutavit Mercerus 2. *opinionum* 16. Secundo, docendi discendique juris ordinem a Justiniano olim præscriptum, nemo hodie recte tueatur. Tertio, ut maxime initio ex jure regulæ factæ fuerint, notissimum tamen est, aliam esse artium primum conficiendarum, aliam vero postea tradendarum rationem: quandoquidem, quod notum, quodque etiam interpretes ajunt, quando magistraliter proceditur tradendo doctrinam ad instructionem juvenum, a generalioribus inchoandum est: Nempe & cæterarum pariter disciplinarum *διανοητικων in cogitatione positarum* dos hæc est, ut quemadmodum a notioribus, ita & ab universalibus & generalibus quibusdam, seu a doctrina principiorum, auspicium faciant, seu ab hujusmodi quadam *προυπαρχουσῃ γνωσει*, *prædominante notione*, decantata ratione, *το καθολυ επιστημονικώτερον και απλουστερον universale est majori scientia præditum, & simplicius*, quam in sententiam recte A. Contius plura. De interprete tandem & enarratore harum regularum accurato ultro fateor: ut & de studioso prius ab Institutionibus saltem instructo, si pernosse eas velit: Imo eadem opera una cum Institutionibus eas edisci memoriæque commendari a studiosa juventute operæ pretium fuerit. Nam etsi plenum statim earum intellectum non assequatur, attamen memoriæ semel infixæ, seu apud memoriam depositæ, ut Quintilianus diceret, velut scintillæ quædam juris, seminaque adhærent, inventionique & judicio serviunt, seseque offerunt subeuntque procedenteque ætate studioque, & quasi eodem cibo remanso, penitiorem facile sensum earum postea assequi datur.

Et hæc quidem in commune atque in genere de ipsis Regulis, earum definitione, cautelis ad eas recte in usum derivandas, earundem authoritate, usuque, de earum collectione seu συστήματι *systemate* sub hoc titulo, atque adeo de Rubrica hujus tituli nunc. Est igitur hic titulus inscriptus a Justiniano sive Triboniano, *De diversis Regulis Juris antiqui:* quomodo & diversos libros Legumlatorum idem dixit *l. pen. Cod. de constit. pec. de diversis* τοῖς διαφόροις, ut etiam habent Græci, id est, de omnis generis regulis, ad varias passim juris materias pertinentibus; quas scilicet Justinianei operis seu Pandectarum concinnatores σποράδην *sparsim* ex variis antiquorum JCtorum, & sedecim quidem, e quorum (ut & aliorum præterea nonnullorum) scriptis Pandectæ ipsæ conflatæ sunt, prout ea sub manum sese dederunt, ceu spicilegium aliquod & racemationem post ingentem Pandectarum messem & vindemiam (unde etiam hic titulus ibi postremo loco positus est) ex ingenti hinc acervo inde velut unum in manipulum lancemque saturam comportarunt, nonnullas etiam aliis licet Pandectarum locis relatas. Idque veterum, ut dixi, JCtorum exemplo, qui & ipsi peculiari seu separato opere regulas juris collegere, ut ita gustum saltem aliquem & instar aliquod juris regularum peculiari seu singulari titulo darent, ex diversis juris materiis decerptarum, cum plerasque suis jam titulis retulissent: non vero, ut eas omnes hic proponere in animum inducerent suum; ut proinde error sit eorum; qui *diversis* hic interpretantur nonnullis: Ac multo magis inanis eorum labor, nimiaque diligentia, & iniquior censura, qui nonnullas insignes regulas subnotant, supplent hoc titulo non comprehensas: cum ne millesima quidem pars earum hic contineatur; verum paucas, ut dixi, tantum hoc titulo includere concinnatores illi pro instituto suo, & ad gustum tantum aliquem, voluerint. *Diversæ* porro hoc etiam sensu Regulæ dici possint, quod aliæ sint communes seu generales & universales, seu Catholicæ nulli certo Juris titulo, seu materiæ adstrictæ, imo ad omnes articulos juris pertinent, perque totum jus ambulant, denique regulæ ex multis speciebus collectæ, quæ κοιναὶ ἔννοιαι *communes notiones* vocantur: aliæ vero propriæ, seu speciales, quæ certo titulo & materiæ conveniunt, & ad unum Juris locum seu speciem pertinent, veluti ad Contractus, Nuptias, Tutelas, Testamenta, Donationes, Interdicta, &c. Quod quidem etiam Triboniano vitio non magis vertendum, (quod tamen nonnulli faciunt) quam JCtis veteribus, qui non minus has speciales regulas collegere, quam universalia præcepta seu καθολικὰς *universales* regulas: & certe, non eo minus Regulæ hæ sunt, cum REM quæque est breviter enarrent.

Dicuntur autem hæ regulæ Juris *antiqui:* non quomodo Leges 12. Tabularum signate *jus antiquum* dicuntur: non quomodo novis legibus (veluti Papiis) jus vetustius opponitur: sed veteris Jurisprudentiæ: sic enim idem Justinianus regulam ab antiqua prudentia expositam dicit *l. apud antiquos* 21. *Cod. de furtis:* regulas Juris antiqui *l. si quis in conscribendo* 51. *Cod. de Episcopis:* seu *l. pen. C. de pact.* antiquas regulas Juris *l. ult. §. ult. C. de acquir. possess.* antiquam regulam *l. ult. C. de hæredib. instit.* Denique, regulas Juris antiqui dixit, quæ ab antiqua Jurisprudentia profectæ sunt, conditæque libris veterum JCtorum, qui Constantini ferme tempora præcesserunt. Sic hoc sensu a Justiniano alibi quoque jus vetus, antiquæ leges, an-

antiquum jus vocatur, *l. un. C. de emend. Cod. l. 1. Cod. de vet. jur. enim proœmio Inst.* §. *igitur post libros*. Idemque *proœmio Instit.* ait, se collegisse omne jus antiquum in libros 50. Digestorum.

Post Rubricam hujus tituli, primæque legis, qua Regulæ definitio continetur, explicationem, nunc commodum est subjicere, *Ordinem*, quem in Regulis hic disponendis Pandectarum conditores servavere: quem & nos sequi par esse jam ostendimus.



SERIES SEU ORDO

HARUM REGULARUM

PER VIGINTI COLLECTIONES SEU SYSTEMATA.

I. *Sabinianæ* Regulæ 44. ex libris commentariis ad Sabinum desumptæ, comprehensæ *primis* 40. *legibus*.

II. *Edictalium* Regularum pars septima, 8. 9. 10. 11. ubi continentur regulæ 20. a *l.* 41. ad *l.* 57. *inclusive*.

III. e *Disputationum*, *Opinionumque* libris Regulæ quatuor, *l.* 58. 59. 60. 61.

IV. *Juliani* Regulæ sex, e libris ejus Digestorum desumptæ, *l.* 62. 63. 64. 65. 66. 67.

V. *Miscellæ* Regulæ decem, ex variis & brevibus nonnullis JCtorum libris, puta *l.* 68. 69. 70. 71. 72.

VI. *Mucianæ* Regulæ quinque, ex Qu. Mucio Scævol. *l.* 73.

VII. *Papiniani* Regulæ decem ex Papiniano, a *l.* 74. ad 83. *inclus.*

VIII e *Pauli* & *Scævolæ* Quæstionibus & Responsis regulæ 12. a *l.* 84. ad 92. *inclus.*

IX. *Fideicommissariæ* Regulæ quatuor ex libris Fideicommissorum, *l.* 93. 94. 95. 96.

X. *Miscellæ* Regulæ aliæ quinque ex brevibus JCtorum quorundam libris, *l.* 97. 98. 99. 100. 101.

XI. *Edictalium* Regularum, Pars 1. 2. 3. 4. 5. 6. 14. 15. 16. 17. 18. & Pars 12. 13. Ubi centum regulæ, & una insuper continentur a *l.* 102. ad *l.* 167. *inclusive*.

XII. *Plautianæ* Regulæ 22. ex libris ad Plautium desumptæ, a *l.* 168. ad 180. *inclus.*

XIII. *Vitellianæ* Regulæ duæ ex Pauli libris ad Vitellium, puta lex 181. 182.

XIV. e *Digestorum* Marcelli & Celsi libris Regulæ undecim a *l.* 183. ad *l.* 193. *inclus.*

XV. *Modestini* Regulæ quatuor, *l.* 194. 195. 196. 197.

XVI. *Javoleni* quinque Regulæ, *l.* 198. 199. 200. 201. 202.

XVII. *Pomponii* quatuor Regulæ, *l.* 203. 204. 205. 206.

XVIII. *Papiæ* Regulæ tres ex commentariis ad legem Jul. & Papiam, *l.* 207. 208. 209.

XIX. *Licinii Rufini* Regula unica, *l.* 210.

XX. Edictalium Regularum racematio unica, *l.* 211.

D 2 PRI-

PRIMA REGULARUM

Collectio, seu Systema.

SABINIANAE REGULAE XLIV.



ABINIANÆ Regulæ 44. sub 40. Legibus hoc tit. ad undecim juris materias pertinentes, primo omnium loco proponuntur: id est, Regulæ ex libris & commentariis Ulpiani, Pauli, Pomponii ad tres Massurii Sabini libros desumptæ: Sabini, inquam, qui γενικὰ generalia seu regulas & sententias juris antiqui (Atei Capitonis praeceptoris sui exemplo) in unum contulerat, libris quos de Jure Civili *scripserat sub Imp. Tiberio: Qua causa etiam Tribonianus eas primo loco deflorare voluit: Quem ipsum ordinem in aliis ferme Pandectarum titulis servavit, nisi sicubi Edicti verba interpretanda erant. At non tenuit in* Titulo de V. S. *Ibi enim Edictales leges, i. ex libris commentariis ad Edictum desumptæ, primo loco posita sunt. Sane veteribus Regulis institisse Sabiniani maxime videntur, de quo Merillius* 1. obs. 34. & lib. 5. cap. 34.



PARS I.

REGULARUM SABINIANARUM,

AD TRACTATUM

DE

TESTAMENTIS ORDINANDIS.

De FEMINIS ab officiis civilibus vel publicis remotis.

II. ULPIANUS libro primo ad Sabinum.

FEMINÆ ab omnibus officiis civilibus, vel publicis, remotæ sunt: & ideo nec Judices esse possunt, nec Magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere.

DE FEMINIS, deque IMPUBERIBUS, est hæc Lex: cum qua conjungi oportet ex eodem Ulpiani lib. 1. ad Sabinum, legem, *qui testamento*, 20. *D. qui testam. fac. & legem* 7. *D. de bonor. possess.* Ea quæritur, utrum ad civilia vel publi-

blica officia aliqua mulieres vel impuberes admittantur: *Officia* inquam *civilia*, *vel publica*: de his enim officiis hic quæritur, non de conditione deteriori olim feminarum in succedendi jure & dignitatis ratione: non de Muneribus publicis, quorum tractatus ab hac Reg. alienus est: qui alioquin a vulgo Interpretum cum hac Reg. commisceri solet. Non de iis officiis, de quibus *l. 175. infr.* Et vero id hac R. abscise negatur: mox & exemplis aliquammultis, quinque scilicet, comprobatur.

Hoc ut intelligatur, ante omnia tenendum est, Ulpianum hoc libro 1. ad Sabinum hanc quæstionem tractasse, Legemque concinnasse, occasione *Testamentorum* ordinandorum, & Testium classicorum seu testamentariorum; ut apparet ex *d. l. 20. §. mulier 6. D. qui testam. fac. poss.* cujus eadem, ut jam monui, cum hac l. inscriptio est, ac proinde ea huic coaptanda seu conjungenda venit. Nempe enim ubi Massurius Sabinus semel dixerat, *Feminas Calatis comitiis, vel in procinctu testari non posse*, indistincte vero, *Impuberes intestabiles esse*; Item ubi dixerat, *Legem exigere in testamento Testes Cives Romanos puberes* (quod sane etiam docet *l. hac consultissima 21. C. de testam. §. 1. de testam.*) ac proinde dixerat, *Mulierem testem librip*e*ndem aut testem esse, seu testimonium dicere in testamento non posse. d. l. 20. §. mulier. D. qui test. fac.* quæ huic, ut dixi, conjungenda est, cui consentit & *§. 6. Inst. de test. ord.* seu in testamento intestabilem esse, quia testem esse in testamento sit civile officium: Sed neque Impuberem, quod diserte ostendit *d. l. 20. qui testam. fac.* quæ, ut dixi, huic nostræ conjungenda venit: Ulpianus ad hanc Sabini regulam scribens, ad generaliorem de Feminis & Impuberibus Regulam assurgendum sibi putavit. Et vero de earum numero est hæc lex nostra. Quo etiam alioquin pertinet, quod Pomponius, & ipse *lib. 1. ad Sabinum*, in hoc ipso argumento versans, notabat. *Non esse permissum mulieri publico Judicio accusare, l. 1. D. de accusat.* cujus exceptio tamen aliqua proponitur *l. ult. ad l. Jul. de adult.* Nunc ad rem.

Secundo investigandum venit, quid civilia & publica officia hac l. sint; Sane pro eodem hæc accipienda esse plerique Interpretum, etiam Cujacius & P. Faber, censent tribus ferme argumentis ex hac ipsa l. petitis. Primum ex particula VEL, quæ hic exegetica his videtur, pro SIVE, non disjunctiva ut sæpe alias. Secundo ex eo quod nulla hic exempla memorentur, quæ non publica videantur, i. publice gerantur. Tertio: *arg. §. 1.* ubi nulla publicorum officiorum mentione facta, sed civilium tantum, illud ipsum de Impubere eo §. definitur, quod hoc initio de feminis constituitur: His accedat extrinsecus *lex ult. §. 2. de munerib. l. pen. in pr. §. 1. D. de vacat. muner. l. eos 12. D. de Decurion.* ubi sane civilia & publica officia vel munera promiscue dicuntur. Exemplo etiam inter alia tutelæ, quæ alibi civile *d. l. ult. in pr. D. de muner.* alibi *§. 1. Inst. de excus. tut.* publicum munus dicitur.

Verum contra, *Civilia* hic a publicis subtiliter distingui oportet: sic quidem ut publica, civilia quoque sint; non retro, omnia civilia publica: & quidem argum. illius ipsius §. 1. *h. l.* ut ad eum adhuc ostendetur. Et sic, quod Decius hic tenet, particula *vel* posita est inter genus & speciem, ut tit. *Cod. de servitutibus & aqua*, certe inter diversa. *Publica* igitur officia hic non dicuntur ratione finis, quasi ad publicam & communem Reipublicæ utilitatem pertinentia; non ratione loci, quod publice, publicove loco fiant; verum ratione *auctoritatis*, quæ scilicet cum publica

exer-

exercentur auctoritate. Ita hoc omnino sensu, *Judicem* esse, seu *Judicare*, id est; Judicem pedaneum esse (male enim vetus hujus tituli Paraphrastes id de Judicibus qui tribunali præsunt, accipit) munus publicum dicitur *l. quippe* 78. *D. de judic.* (etsi alias *civile officium* quoque dicatur *l.* 12. §. 2. *eod. tit.* & *l. penult. D. de vacat. & excusat. mun.*) ut proinde error sit Harmenopuli, qui δημοσιον *publicum officium* negat esse δικαζειν *judicare*. Hoc sensu, Magistratum gerere publica causa dicitur & juri publica accensetur, *l.* 9. *D. de his qui sunt sui*, *l.* 14. *D. ad SCtum Trebellian*. De utroque fidem quoque facit *lex* 5. *in fin.* juncta *l.* 6. *D. de capite minutis*. Denique *publica* officia sunt, quæ in rerum actu, vel in Reipublicæ tractatione (ut loquitur Seneca 1. *de Tranquil. cap.* 3.) seu πολεως διοικησει *civitatis gubernatione* (ut Plato hac in re *lib.* 5. *de Repub.*) consistunt. *Civilia* vero officia sunt ea quoque ministeria, ii actus, qui partim in civitatis vel judiciorum conspectu, εν εκκλησια *concione* (ut Græci loquutur) in comitiis exercentur, partim privatim in cœtus alicujus virorum ore seu conspectu, modumque excedunt domesticæ curæ (cujus finibus muliebre ministerium coarctatur, juxta illud Naumachii, σοι δε (feminæ) οικωφελια μελετω μεγαροντε φυλασσειν *tibi autem frugalitas cura sit domumque custodire*, & arg. aliquo *l.* 1. *C. de offic. divers. judic.* non etiam *l.* 14. §. 1. *D. de ædil. edict.*) item, quæ modum pupillaris ætatis excedunt: quare & hoc jam quoque sensu *virilia* hæc officia dicuntur, *l.* 1. §. *sexum*, *D. de postul.* *l.* 18. *C. de procur.* quia scilicet virorum hoc est, cœtibus hominum sese miscere. Alio alioquin sensu *virile* officium dicitur, *l.* 2. §. 1. *D. ad SCtum Vellejan.* quod constantiam animi virilis requirit; de quo hæc lex non est quod alioquin perperam censent plerique. Breviter igitur, officia *publica* hac R. sunt, quæ cum publica auctoritate exercentur, cujusmodi duo tantum exempla *hac l.* memorantur, Judicem esse (pedaneum scilicet seu causæ disceptatorem) Magistratum gerere, cum jurisdictione vel imperio, a quibus obeundis mulieres prohibentur *h. l.* & *l. cum Prætor* 12. §. *ult. de judic.* *l.* 3. §. 3. *D. de munerib. & honor.* *Civilia* vero, quæ etsi privata auctoritate expediantur, attamen vel in civitatis judiciorum conspectu transiguntur; cujusmodi tria exempla hic memorantur; *Postulare*, id est, advocare; *pro alio Intervenire; Procuratorem existere*. De Advocati officio fidem quoque facit Juvenalis, *Satyr.* 7.

> *Dic igitur, quid Causidicis civilia præstant*
> *Officia*.

Qui & idem (quod huic regulæ convenientissimum est) *Satyr.* 2. feminas ita inducit loquentes,

> *Nunquid nos agimus causas, CIVILIA JURA*
> *Novimus, aut ullo strepitu jura vestra movemus*.

Eodemque sensu vox hæc effertur apud Suetonium, *Tiberio cap.* 8. Senecam 1. *de Tranquillit. cap.* 3. & *lib.* 8. *epist.* 63. Plinium *in epist.* & Quintilianum *Instit. Orat. lib.* 2. *cap.* 4. & *lib.* 3. *cap.* 10. *declamat.* 168. 283. vel certe privatim in cœtus alicujus virorum conspectu, quorum postremorum occasione hanc regulam concinnaverat Ulpianus, nempe feminam testem vel libripendem in testamento esse non posse: unde & de *civilibus* officiis primore loco *h. l.* agitur. Et hæc quidem de civilium

vilium & publicorum officiorum diſcrimine, quod & Schol. Harmenopuli *tit.* 13. *lib.* 1. faciendum vidit: ſic tamen ut contrarium ipſe dixerit: πολιτικον δε εστιν οφφικιον το δικαζειν: δημοσιον δε το συναγορευειν και τα ομοια οσα το παρον απαριθμειται κεφαλαιον *civile officium eſt autem judicare: publicum vero patrocinari & ſimilia quæcumque anteactum numerat caput*. Et ſane iidem illi qui civilia & publica officia hic commiſcent, multum adlaborant, uti probent nobis, poſtulandi quoque officium publicum dici poſſe: ſed tamen, ut iidem fatentur, improprie: idemque de cæteris quæ hic memorantur, ſentiunt: quo nihil vero tam adverſum, ut jam oſtendimus. Ergo ut a publicis ita & a civilibus his officiis prohibentur feminæ: a jure poſtulandi *h. l.* de quo eſt & *l.* 1. §. *ſexum*, *D. de poſtul.* non vero lex *alienam* 18. *C. de procuratorib.* eſt enim ea de defenſione tutoria proprie: a procuratoris officio; h. l. & *l. neque de procuratorib.* De interventione poſtea.

Hinc jam apparet (quod tertium *in h. l.* obſervandum eſt) quænam *ratio* ſit hujus prohibitionis ſive regulæ circa feminas: Non muliebris ſcilicet ſexus levitas, qua alioquin de cauſa Joſephus *lib.* 4. *antiquit. cap.* 5. putat lege Moſaica mulierum teſtimonium non fuiſſe receptum; quod & Plato ſanxit *lib.* 1. *de legibus*, *cap.* 11. niſi ſi quæ eſſet XL. annorum: ſeu infirmitas & conditio fragilitatis, ut Arnobius loquitur *lib.* 7. (quam alioquin rationem Decius aliique *hic* vulgo reddunt) aut mobilitas ſexus ſequioris, ſeu τι γνωμης ασθενες *judicii parvitas*, ut Dio Chryſoſtomus *Orat.* περι απιστιας *de incredulitate* 75. loquitur, aut quod ευεξαπατητοι *decipi facile poſſint*, ſint, ut Theodorus Hermopolites ad hanc l. ως ολισθηρον και ευαπατητον εχουσαι φρονημα *quod habeant magis lubricum, & deceptu facilius judicium*. Neque periculum rei familiaris (quicquid Conſtantinus M. *l.* 1. *C. Th. de rapt. virg.* aſſerere videtur) verum ob honeſtatem ſexus, ob verecundiam, & ſtolæ matronalis decus, quod REMOVENDI verbo hac R. indicatur. Quomodo etiam dixit Calliſtrat. *l. pen. D. de edendo*, feminas remotas videri ab officio argentarii, cum ea opera virilis ſit: Et Ulpian. *l.* 1. §. 6. *D. de poſtul.* Removet a poſtulando pro aliis & eum qui corpore ſuo muliebria paſſus eſt: denique, δια το αναξιον ειναι τας γυναικας δημοσιευειν και δικαστηριοις προσεδρευειν και τοις ανδρασι συμμιγνυσθαι *eo quod indecorum ſit mulieres publica munera exercere, & ad tribunalia aſſidere, cumque viris miſceri* &c. ut Harmenopulus & Theodorus Hermopolites hic loquuntur: και εκκλησιαζειν *concionibus intereſſe*, de quo eſt inſignis quoque Chryſoſtomi locus περι του ποιας δει αγεσθαι γυναικας *de hoc ſcilicet quales oporteat ducere uxores*, ſeu quod cum eis nulla Comitiorum communio eſſet, quod diſerte ſcribit Gellius *lib.* 5. *cap.* 19. Quanquam neque diſplicet illud cujuſdam verecundiam muliebrem facere ne *debeant*, imbecillitatem, ne *poſſint* feminæ publicis vel civilibus officiis fungi. Hinc eſt igitur jam quod JCtus diſerte ſcribit, in *l.* 12. §. 2. *inf. D. de judic.* Feminas prohiberi *moribus* Judices dari, non quia non habeant judicium, ſed quia receptum eſt, ut civilibus officiis non fungantur: Audis, *moribus prohiberi*, item *receptum*, i. honeſtate & verecundia publica exigente id ita conſtitutum: Itaque rurſum *l.* 1. §. 1. *D. ad SCtum Vellej.* dicuntur *moribus* civilia officia adempta feminis. Ita rurſum *d.l.* 1. §. *ſexum*. *D. de poſtul.* ratio cur poſtulare feminæ prohibeantur, hæc adſignatur, ne contra pudicitiam ſexui congruentem alienis cauſis ſe immiſceant; cui rationi reſpondet & *lex*

21.

21. *C. de procurat.* (quanquam eo titulo fugitiva.) *Ne* inquit, *feminæ persequendæ litis obtentu in contumeliam matronalis pudoris irreverenter irruant, & conventibus virorum vel Judiciis intersint*. Ita quoque *l. ult. C. de receptis arb.* feminæ in se arbitrium suscipere prohibentur, *suæ pudicitiæ memores & operum quæ eis natura permisit, & a quibus eas jussit abstinere, & ab omni judiciali agmine separat*. Addatur & insignis Nov. Leonis 48. circa testimonii dictionem, qua ibi mulieribus interdicit: *επι τα των συμφωνων μαρτυρια ερχεσθαι ad conventionum testimonia venire*: & Constantinus Harmenopulus *hic*: Eadem ratione in Systaticis & solennibus omnibus *και συμφωνοις contractibus* testimonium mulieris non admittitur: ac nominatim in testamentis) cujus occasione, ut dixi, Ulpianus in hunc tractatum sese diffudit) quod in apodicticis & fortuitis propter rerum necessitatem admittitur; v. Schol. Harmenopuli *lib. 1. tit. 13*. Sic ut in his testimonium eis denuntiari possit ad veritatem manifestandam. Eademque ratione & arrogari olim mulieres vetitæ, quia arrogatio in Comitiis fiebat, teste Ulpiano *in fragm.* & A. Gellio: & cum feminis nulla Comitiorum communio erat. Imo olim nec ullius testimonii jus mulieribus fuit, ut patet ex Gellio *lib. 6. cap. 7.* Ergo quoad civilia vel publica Officia, deterior est feminarum conditio, quam masculorum, pariter ut in aliis multis Juris articulis, & in his quidem quæ juris privati & domestici sunt, veluti in eo quod liberos in potestate non habuerunt, atque ideo nec adoptare potuerunt, quo spectat Papiniani definitio *in l. in multis D. de statu homin. arg. l. 32. D. de adopt. & l. 11. D. de captiv.* quæ duæ leges posteriores illi Legi in multis conjungendæ sunt.

Quarto, hinc vice versa (quod alioquin huic Legi opponi posset, imo opponitur ceu contrarium vel saltem exceptionis vice) potuit mulier bonorum possessionem apud Prætorem petere pro alio, *l. Servus 7. D. de bon. poss.* cui concinit *& lex pen. eod. tit.* quæ altera lex ex eod. Ulpiani *lib. 1.* ad Sabinum desumpta, cum hac nostra conjungenda venit. Quia scilicet & servus id potuit *d. l. 7.* quandoquidem bonorum possessio nullis solemnibus, nullo cœtu aut conventu, verum de plano expediri poterat & nudam Judicis aditionem desiderabat, *§. ult. I. de bon. possess. l. ult. C. qui admitt. ad bon. poss. l. 32. §. 2. D. de acq. poss.*

Ex superioribus igitur jam apparet, quam multa ab Interpretibus & aliena ad hanc R. sive admittantur, sive cumulentur: Primo quidem, & cum maxime, in eo quod *officia* civilia, vel publica hic cum muneribus publicis, de quibus ideo hic prolixe agunt, commiscent. Secundo quod officia civilia & publica a se invicem non satis distinguunt. Tertio, quod *Exceptiones* ad hanc R. nonnullas proponunt ab ea alienissimas; nempe de muliere quæ etiam absque tutoris auctoritate res nec mancipi alienare poterat, teste Ulpiano, *in fragm. tit. 11. de tutelis*: ut & privata negotia gerere: *l. 3. §. pen. D. de negot. gest.* Ut & de testatore, qui mulierum arbitrio filii sui diurnum æstimari voluit, *l. 47. §. 1. D. de administ. tutor.* Nihil enim hæc commune habent cum officiis civilibus vel publicis, sed actus mere privati sunt.

Et hæc quidem de ipsa regula: nunc de *Exemplis* quæ continentur *vers. & ideo*, de quibus plerisque jam supra. Quanquam neque de his omnibus agere necesse est, quæ

quæ per se satis manifesta sunt. De uno tantum atque altero porro amplius videndum est. Primo notandum, pessime hoc loco quosdam pro *procuratores existere*, substituere vocem *curatores*: quod alia exempla rejiciunt. Secundo, videndum speciatim de *Interventione pro alio*: Hac vero parte Græci quoque Interpretes lapsi sunt, veluti Scholion Harmenopuli, & Theodorus Hermopolites, ut & Interpretum plerique, Glossà hic & Cujacius quoque ad *hanc l.* qui id de intercessione fidejussoria, quæ SCto Vellejano inhibetur, accipiunt: *ἢ οὐκ ἀντιφωνοῦσι τινα χρέους ὀν ἔν τινος ἕνεκα* *quæ non fidejubent pro aliquo cujuscumque debiti causa* inquiunt Græci. Qua etiam occasione Interpretes eam in quæstionem alieno plane loco sese diffundunt, utrum mulier Vellejano renunciare possit. *Interveniendi* quippe voce hic, ut recte quoque P. Faber, non intercessoria seu fidejussoria opera intelligenda est, verum Judicialis quædam opera, *& civile officium*, Cognitoriæ & Procuratoriæ simile. Argumenta hæc ipse quatuor habeo. 1. *Definitio* officiorum civilium id ostendit, quæ utique fidejussionem ambitu suo non complectitur: neque cum his quidquam commune habet intercessio. 2. *Ratio* hujus R. superius adsignata. 3. *cætera* & connexa hujus R. exempla: *nec postulare*, inquit lex, *nec pro alio intervenire*, *nec procuratores existere*: ubi etiam vides, *Interveniendi* vocem hic medio loco positam & interjectam inter officium *postulandi procuratoris*, & quidem procuratoris forensis (quod officium civile inter alia feminis interdictum, uno casu singulari excepto; *in l. feminas* 41. *D. de procuratoribus*) non vero negotiorum, nam sane mulier negotia procurare potest, *l.* 10. §. *Si cui*. *D. mandati*, *l.* 1. §. 1. *D. de exercit. act.* ut & minor. 4. Sed & leges insuper complures id ostendunt, ubi simili sensu *Interveniendi* vox accipitur, puta *lex* 60. *inf. h. t. l.* 10. §. *ult. D. de in jus voc. l.* 3. §. *sed etsi &* §. *seq. l.* 5. §. *nunc videamus*. *D. judic. solvi l. non solum* 11. §. *agere*. *l. in tantum*, §. *nunc videamus*, *D. de injur.* denique *l.* 5. *C. de cognitor.* In his inquam omnibus legibus *interveniendi* vox hoc eodem sensu effertur. At enim cum de fidejussione mulierum agitur, Intercedendi, Intercessionis, Interponendi, Suscipiendi voces ibi propriæ. Qua causa etiam Græcus Interpres, quem falli ostendimus, vocem *ἰντερκέδευειν* *intercedere* hic substituit.

Et hæc quidem de hujus R. interpretatione ex Jure civili. Cum quo nil commune habet quod ex hodiernis quoque moribus hic cumularunt Interpretes de *Reginis*, *Abbatissis*, &c. quia hæc a Jure Romano ejusque principiis, atque a civilium officiorum ratione aliena prorsus sunt.

De IMPUBERIBUS ab officiis civilibus excludendis.

§. Item, 1. Legis 2.

Item impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere.

IMPUBERES hoc §. qui omissus est in Basilicis sociantur, *Feminis* proximeque junguntur, pariter ut in *Inst. tit. de testam. ordin.* & apud alios etiam auctores, Dionem, Chrysostomum *Orat. περὶ ἀπιστίας de incredulitate* 75. Suidam in ver. *ὅτι ξένος*.

 Nem-

Nempe circa impuberem hac parte jus idem fuit, scilicet ut impubes in testamentis, neque libripens esse posset, neque antestari, προσμαρτυρηθῆναι, ut diserte ex Livio scribit Priscianus *lib.* 8. *cap.* 2. Etsi non eadem prohibitionis utrobique ratio sit: Hunc enim, si de publicis officiis quæritur, ipsa rerum natura ab his submovet, quia scilicet impubes seu pupillus inhabilis est, *l. non tantum*, *D. de decurion.* Judicio caret, ut diserte prodit JCtus *in l.* 189. *infr. l.* 12. §. 2. *D. de judic.* quod agunt impuberes, non intelligunt, *l. ult. D. de jur. & fact. ignor.* quod vident ignorant, *l. un. circa fin. C. de fals. moneta:* Igitur indubie impuberes (ut de publicis officiis primum dicam) neque judices esse possunt, quod docet *l. cum Prætor* 12. §. *pen. D. de judic.* sed puberes tantum plena pubertate, *l. quidem* 57. *D. de re judic.* Neque magistratum gerere *h. l. & d. l. quidam*, etsi civium idoneorum sit penuria, *l.* 2. §. 1. *D. de jure immun.* ne quidem municipalem, *l. non tantum*, *D. de decurion.* Excipiendæ tantum sunt (ut objectioni cuidam occurram) dignitates ἄπρακτοι *in quibus nihil agitur*, quæ administrationis non sunt conjunctæ, ut Tribunatus militum honorarius, qui etiam pupillis extra ordinem, indolis & stirpis ratione, conferebatur, ut docet *l. ult. C. de testam. milit.*

Et hæc quidem de publicis officiis plana erant & indubitata: Quare neque de his hic ῥητῶς *expresse* agitur, ut initio hujus legis circa feminas: Sed de *civilibus* tantum, de quibus solis sane quæri potuit, an cum ea officii, operæ, beneficiique genus quoddam in se contineant, puta alienæ defensionis, his saltem fungi possent impuberes? Et vero videbatur, his fungi eos posse, quod intersit hominis cujuscunque hominem beneficio affici, *l.* 7. *D. de serv. export.* Et tamen hic definitur, etiam his officiis *abstinere debere impuberes:* κυρίως *absolute, abstinere*, nempe quia impuberes huic rei, etsi officii & beneficii operæque genus quoddam contineat, per ætatem non sufficiant. *Abstinere debere* dicuntur aliqua re ii a quorum captu seu statu res aliena est: Quomodo & Græci δημοσίων ἀπέχεσθαι *a pubblicis muneribus abstinere*, *l. moris*, §. *erit*, *D. de pænis.* Ita in hoc ipso argumento Suetonius *in Tiberio* de Livia *cap.* 50. *Sed & frequenter admonuit, quod non majoribus nec feminæ convenientibus negotiis ABSTINERET.* Ergo impuberes nec postulare in totum possunt, *l.* 1. §. *initium*, *&* §. *in quo edicto*, *D. de postul.* nec procuratores existere, *l. minor*, *D. de procurat. l. exigendi*, *C. eod.* Quid & quatenus de puberibus sentiendum sit, non hic, verum alius dicendi locus erit.

PARS

PARS II.

REGULARUM SABINIANEARUM,

DE

HEREDIBUS, ET DE ADQUIRENDA, ET OMITTENDA HEREDITATE:

Ad Tractatum de HEREDIBUS institutis, & de ADQUIRENDA vel omittenda HEREDITATE; pertinent Sabinianeæ Regulæ, seu leges quinque sequentes, puta lex 3. 4. 5. 6. 7. *& tres quidem priores ad personas, per quas hereditas adquiri potest, vel non.*

De PATIENTIA: & cujus ea proprie dicenda ratioque habenda sit.

IDEM (Ulpianus) libro tertio ad Sabinum.

Ejus est non nolle qui potest velle.

De *Patientia, tacitaque voluntate & permissione*, est hæc regula solennis: ideo quoque solennis, quia celebrata contrariis Cujacii & Roberti studiis, & aliorum deinceps, ob ejus lectionem: sic quidem etiam ut quatuor ejus lectiones proponantur. Nos inter initia statim quod verum est exponemus. Eo scilicet pertinet hæc regula, ut definiatur, cujusnam patientia hereditas adquiri per alium possit, vel adquisita recte videatur: & sic in summam quæstio *h.l.* voluntatis tacitæ tractatur; quænam & cujus voluntas tacita dici, cujus patientia operari quid possit. In quibusdam enim actibus patientiam accipimus pro voluntate, & taciturnitas consensum imitatur, de quo v. *l.* 2. §. 1. *D. soluto matr. l.* 1. §. *scientiam, D. de tribut. act. Servium in* 7. *AEneid.* Quo alioquin pertinent quinque præterea leges hujus tit. *l.* 40. 50. 109. 110. §. 2. 189. *infr. h. t.* & extrinsecus *l.* 91. *D. de furtis.*

Igitur hac l. hæc regula proponitur, *Ejus esse non nolle, qui potest velle;* i. (nam hæc paraphrasis hic adhibenda) eum demum tacite dici posse consensum suum alicui rei, veluti adquirendæ hereditati, accommodare taciturnitate seu patientia sua, ejus denique patientiam quid operari, qui, si velit, etiam possit expresse & formaliter jubere seu velle.

Non nolle scilicet h. l. recte præfert Florentinum archetypum; quod Ant. Augustinus *lib.* 1. *Emendat. cap.* 2. *pag.* 27. primus recte defendit, & post eum Nicol. Bellonius 4. *supput.* 14. Riminaldus Jun. in *l. qui se patris, num.* 204. *Cod. unde liberi:* &

Joan. Robertus 2. *Recept.* 26. & 1. *Animad.* 30. & notis ad Notat. 1. *cap.* 30. adversus Cujac. 5. *Obs.* 39. & 15. *Obs.* 23. & 1. *Notat.* 30. qui idem tamen Cujac. Florentinam prætulit *Recitat. in l.* 5. *D. de serv. urb. præd.* Quod inter variationes Cujacii poni potest, neque ideo culpandum.

Est autem *non nolle* medium quid, seu medius terminus, inter velle & nolle; ut contraria alia medium quoddam habent: quomodo inter jubere & vetare tertia virtus est legis permittere, *l.* 7. *D. de legib.* Inter fateri & negare, medium est tacere *l.* 142. *h. t. Velle* est expresse, seu verbis nuncupatis jubere: *Nolle* est repugnare expresse, seu verbis pariter nuncupatis vetare & contradicere, vel protestari: *Non nolle*, est pati tantum, & sic medium quid inter Velle & Nolle, & ita quidem medium, ut modo huc modo illuc propius inclinet: Est scil. ubi non nolens, seu silens, tacens, neganti nolentique comparatur, est ubi contra volenti æquiparatur, de quo *d. l.* 141. *inf.* Ergo tum non nolle est tacitam fidem accommodare, & sua patientia animum suum testatum facere, admittere (ut in illo Terentii. *Tu quod cavere possis, stultum est admittere*, ubi v. Donatum) denique pati, permittere & patientiam adcommodare suam.

Hujus sane etiam formulæ appositissimum exemplum idem Augustinus primus ad stabiliendam Florentinam lectionem protulit ex eodem Ulpiano (quod notandum) *l.* 1. §. *scientiam* 3. *D. de tribut. act. Scientiam hic eam*, inquit Ulpianus, *accipimus, qua habet et voluntatem. Sed ut ego puto, non voluntatem sed patientiam: Non enim velle debet dominus, sed non nolle:* deque ea nonnulla vide apud Cujac. 5. *Obs.* 23. *infr.* Exempla etiam apud Tullium *lib.* 13. *ad Attic. Proximis tuis literis primum te id non nolle cognovi:* & *Verr.* 4. *et* 2. *de Orat. Apul. Apolog. Si ego non nolens*, &c.

Nunc de propria hujus L. specie. Igitur pertinet ea proprie ad heres institutos, & ad adquirendam ab his hereditatem, ut docent complures leges ex hoc ipso libro 3. Ulpiani ad Sabinum desumptæ: ac nominatim *lex* 4. *D. de adquir. hered.* Inde igitur sententia hujus R. hæc omnino statuenda est, eum demum heredem patientia sua per alium sibi hereditatem adquirere posse, qui & eundem possit jubere hereditatem adire. Et vice versa, is demum nolle hereditatem adire videtur, qui ipse adire potest. Quæ omnino sententia est *d. l.* 4. *D. de acq. hered.* ex eod. libro desumptæ. *Exemplum* hujus Regulæ ponamus in pupillo, seu impubere, de quo fuit quoque proxime superior Regula *l.* 2. §. 1. domino servi heredis instituti; ejus scil. præsentia & patientia si servus institutus hereditatem adquirat, utique pro nihilo ducitur, quia nec si velle seu jubere pupillus velit, possit. Denique, ubi non adsistit potentia voluntatis expressæ, cessat conjectura tacitæ; ut vice versa, pupilli noluntas, & sic repudiatio non attenditur, quia nec ipse per se adire potest, quæ sententia est dictæ *l.* 4.

Et sane argumentum libri tertii Ulpianei ad Sabinum hanc omnino speciem huic Regulæ aptandam suadet, fuit enim is totus occupatus in argumento, ut dixi, de heredibus: ut docet *l.* 4. 6. *D. de lib. et post. l.* 3. 5. *D. de injusto rupto: l.* 3. *D. de hered. instit. l.* 22. *D. de donat. inter vir. et ux. juncta l.* 2. *D. qui sine manumiss. l.* 2. *D. qui et a quib.* Quare ad servi pupillaris institutionem omnino hanc Reg. referri oportet: ut jam nec verum sit illud, inscriptionem Regulæ Florentinæ lectioni non suffragari. Imo ex h. lege, conjuncta cum ea ipsa *d. l.* 4. hanc sententiam conficimus; servo pupilli herede instituto, pupilli, qui dominus est, patientiam in adeunda a servo ho-

hereditate nihil operari. *h. l.* & vice versa, noluntatem ejus in repudiatione non spectari. *d.* l. 4. Quia scil. nullam voluntatem habet in hoc adeundæ per servum, vel repudiandæ hereditatis negotio. Denique, ut verbo concludam, agnitio pupilli vel repudiatio nil facit, quia neque velle neque nolle *l.* 186. *inf. h. t.* neque non nolle *h. l.* potest.

Hæc cum ita sint, & species quidem in pupillo ponenda sit, apparet Primo, perperam hanc R. positam in *κατασοιχειων institutionibus* sub titulo *περι υπεξουσιων de his qui alieni juris sunt*. Cum species hujus R. ponenda sit in pupillo, qui utique *caput liberum* est. Secundo, perperam ad hanc l. tractari de tutore, quando is adquirere vel repudiare hereditatem pupillo delatam possit: cum hæc Regula sit, non de eo qui alienum negotium gerit, verum de eo, qui proprium. Quare nec continetur hac R. argumentum, & acumen dialecticum, ut Græci, & in his Harmenopulus & Theodorus Hermopolites hanc l. expressere, *ο δυναμενος θελειν, δυναται και μη θελειν qui potest velle potest et nolle:* Et ut Vulgata, & Norica, quoque lectio persuasit, *Ejus est nolle, qui potest velle*.

Item, probanda non est tertia lectio Haloandrina, quam & veteres secuti sunt, & defendit Cujacius, *Ejus est non velle, qui potest velle;* quasi non velle medii termini locum obtineat, inter nolle & velle. Quamvis juventur illi autoritate *βασιλικων Basilicarum, lib.* 1. *tit.* 3. qui etiam inversa oratione sic habent, *ο δυναμενος θελειν δυναται και μη θελειν qui potest velle potest et nolle*. Et Harmenopuli, qui huic rei fundus nobis non est, non magis quam in *l.* 1. *sup.* ubi *conjunctionem* pro *conjectionem* legerunt. Rursum, non magis quam in *l. ubi lex* 101. *infr.* ubi verba illa, *et primo*, perperam omiserunt. Quicquid etiam pro sententia sua Cujac. alleget *l. qua ratione* 9. §. *ult. D. de A. R. D.* quia *non velle* nunquam habet vim termini medii, & *in d.* §. *ult.* non velle est omnino seu absolute nolle: ut contra *nolle*, idem est, quod non velle; *malle*, idem quod magis velle; *nequire* idem cum non quire, seu non posse, quod Ant. Augustinus & Robertus jam recte viderunt.

Neque moveor rursum argumento, quod ceu palmarium hic ad stabiliendam lectionem Noricam desumitur, ex conjunctione *d. l.* 4. *D. de adquir. hered.* quæ ex eodem Ulpiani libro 3. ad Sabinium desumpta est; ubi dicitur, *Nolle adire hereditatem eum non videri, qui non potest adire*. Conjunctio quippe legum hanc necessitatem nobis non injungit, quasi quæ leges inter se conjungendæ hodie supersunt, ad eandem illico speciem pertineant: abunde enim est, si vel argumento in genere conveniant, conjunctisque adeo inter se legibus ad argumenti generalis notitiam perveniamus.

Nil etiam moror violentas alias hujus regulæ conjunctiones, ex hoc eodem Ulpiani libro 3. ad Sabinum, veluti cum *l.* 22. *D. de donat. int. vir. et uxor.* cujus ratio perperam huc adducitur, quod testator qui potest velle ut donatio rata sit, potest etiam velle ut rata non sit. Item cum *l.* 4. 6. *de liber. et post.* cujus ratio perperam hæc adsignatur, quod castratus non possit postumum suum heredem instituere, vel exheredare, quia ejus tantum sit nolle, cujus est velle. Item, cum *l.* 4. *D. qui sine manum.* & cum *l.* 2. *D. qui et a quib. manum*. Cujus occasione prolixe Interpretes cumulant casus, quibus quis adquirere vel repudiare hereditatem non potest, quia nondum ei delata sit, vel quia conditione persona impediatur, vel qua alia ratione.

His

His ita perspectis, sequitur, hac regula non contineri argumentum ab habitu ad privationem: non argumentum ab eo quod plus est, ad id quod minus est; (qua ratione lectionem Florentinam subsannabat nemo) non a contrario, verum contineri argumentum ab expresso ad tacitum. Quod utique argumentum absurdum non est, quod tamen hic Hottomanno visum. Rursum, non definitur hac regula, quibusnam casibus tacita voluntas pro expressa habeatur, seu taciturnitas consensum imitetur (id enim alterius & altioris est indaginis, de quo agitur *l.* 60. 124. *in princ.* 142. *infr. h. t.* & ea tamen ratione vulgatam nonnulli tuentur.) Quid igitur? Quæritur tantum de *Personis* in hac lege, & quidem eo casu quo in confesso est, tacitam voluntatem & patientiam in aliquo actu sufficere, quisnam proprie dici possit pati aliquid seu tacite velle, neque prohibere, sed permittere, ut scil. ejus patientia negotium, contractus, seu actus celebratus valeat? Nempe is demum, qui & expresse velle seu jubere possit: EJUS EST, inquit lex &c.

Ad eandem porro regulam, rationem & argumentationem, ut antea perstrinxi, tres præterea regulæ hujus tit. pertinent; puta *l.* 40. 50. 109. ubi dicitur, *Furiosi, vel ejus cui bonis interdictum sit, nullam esse voluntatem* (in quo furioso æque ac in pupillo species hujus regulæ poni potest: v. *l.* 14. *D. locat.*) Item, *culpa carere qui scit, sed prohibere non potest*: Item, *pupillum non posse intelligi pati*: at non & *lex* 110. §. 2. *infr.* ubi dicitur, *Nullum crimen pati eum, qui non prohibet cum prohibere potest.* Eodemque tandem omnino pertinet *l.* 91. *D. de furtis* elegantissima.

Hæc cum ita recte comprobata putem, cessent porro Cujacii & Roberti præsertim super hac regula contentiones; cessent axiomata quæ ex vulgata lectione educuntur; *Velle et nolle quoad potentiam causa instar relatorum se habere*: Item, *Qui velle non potest, eum nolle quoque non posse*: etsi alias vera sint hæc omnia: verum ab hac regula aliena & *ἀπροσδιόνυσα & nihil ad rem facientia*.

De VOLUNTATE obsequiosa, utrum pro mera voluntate ea accipienda sit.

IV. IDEM (*Ulpianus*) *libro sexto ad Sabinum.*

Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini.

DE OBSEQUIOSA (ut verbo ad hujus l. exemplum efformato, sed ad rem proprio, utar) seu, ut alii loquuntur, de *Remissa voluntate* in civilibus negotiis, est hæc regula: ubi quæritur, utrum hujusmodi voluntas pro mera veraque voluntate haberi debeat: veluti, si filius patris imperio, vel servus domini, in quorum potestate sunt, morem gerentes, dictoque audientes, *obsequentes*, negotium aliquod contrahant, aliquid agant, alioquin non acturi? Et vero hac regula definitur, *Non* CREDI *eos velle*: non CREDI, id est, ut maxime voluntarius intercessisse actus videatur, attamen revera jurisque potestate non videri, non intelligi: ut proinde in quæstione voluntatis illud spectandum veniat, num sponte sua liberoque mentis arbitrio, & *ἐξουσίαν ἔχων περὶ τοῦ ἰδίου θελήματος et potestatem habens super propria voluntate* (ut loquitur Paulus 1. *Cor.* 7. 37.) an vero imperio aut obsequio quid quis agat: Quam in sententiam

Se-

Seneca: *Si vis scire, an velim, effice ut possim nolle*. Quare neque male Græci Interpretes hanc Reg. titulo. *De his qui sui vel alieni juris sunt*, aptavere.

Porro secunda hæc e Sabinianeis Regula stat & ipsa in tractatu de adquirenda hæreditate, pariter ut lex superior, cujus tamen ideo appendix non est & consequentia, ut quidam volunt: nam imo est illa de pupillo, hæc vero de filio & servo, deque adquirenda per eos hereditate: de quibus alia multa habet Ulpianus eodem libro 6. ad Sabinum, in *l. 2. de condit. institut. l. 6. de adquir. hered. l. 5. de castr. pecul.* In genere huic concordant *lex 157. in pr. 167. §. 1. 169. in pr. infr. h. t.* sed & *lex 116. 184. infr. h. t.* Est enim ut hæc ita & *dd. ll. 157. 167. §. 1. 169. in pr.* de *auctoritate* de involuntario, ob imperii & obsequii necessitatem. Atenim *l. 116 l. 184. infr. h. t.* sunt de involuntario ratione metus (de quo in hoc ipso argumento est quod idem Ulpianus *eod. lib.* refert *d. l. 6. in fin. D. de adquir. her.*) vis, doli, erroris: hæc, ratione obsequii reverentialis & jure potestatis. Denique voluntas alia est pura, alia coacta, tertia ab illa diversa obsequiosa: etsi ferme blando vis latet imperio, ut Ausonius, de quo est hæc lex.

Et tamen, nisi hæc R. ad speciem suam seu jus ex quo confecta est, transitive coarctetur, in plerisque fallax erit, neque una objectione evertetur, qua obsequiosam voluntatem (nam de ea semper agi hac regula meminerimus, non de coacta) etiam voluntatem esse efficitur. Ut ecce *in l. 12. D. de sponsalib.* & *l. si patre 22. D. de ritu nupt.* definitur ex Celso, filium si patre cogente uxorem duxerit, quam non esset ducturus si sui juris & arbitrii esset, vel filia patre volente sponsalia contraxerit, contraxisse tamen matrimonium & sponsalia, & maluisse hoc videri.

2. Item in *l. 26. §. 1. D. de pignorib.* dicitur, filium emancipatum, qui persuasione patris chirographum sua manu perscripsit, & in eo domum suam pignori futuram scripsit, si patria hereditate postea se abstineat, adversus hujusmodi scripturam nihil excipere posse, quia consensum ei obligationi dederit. 3. Ut de delictis nihil nunc dicam, atrocioribus saltem, & sic de genere prohibitorum, in quibus non ignoscitur servis, si in iis dominis obtemperaverint, arg. a contrario *d. l. 157. in princ. & 169. in pr. infr. h. t.*

Verum, si Juri suo, unde hæc R. confecta est, restituatur, si *ex Jure quod est, fiat*, in proclivi erit ad hæc responsio: Nempe, hanc regulam usurpavit Ulpianus, ut dixi, in tractatu de adquirenda per filiumfamilias & servum hereditate, ut docent dictæ tres leges, puta *l. 2. de condit. inst. d. l. 6. D. de acq. hered. & l. 5. D. de castr. pecul.* (quæ ex hoc eodem Ulpiani *lib. 6.* ad Sabinum desumptæ, huic conjungendæ sunt:) ubi præsupponendum est, adiri hereditatem a filiofamilias vel servo herede instituto non posse, citra jussum domini vel patris. *l. 38. §. si quis servum de her. instit. l. 25. §. 1. & seqq. §§. de adquir. hered.* Item præsupponendum, servum, & filiumfam. hac in re invitum dicto audientem esse, compellique oportere. *l. 1. §. 3. si quis om. causa testam.* eaque in re, ut Tertull. loquitur, filiusfam. & servus *non velle, non nolle de suo habet.*

His ita præsuppositis, fingamus nunc, filiumfamilias, vel eum qui putabat se filiumfamilias aut liberum hominem bona fide possessum, jussu seu mandato sive veri sive putativi patris vel domini hereditatem adire, & sic in hoc actu mandato imperioque patris

vel

vel domini OBSEQUI: mox ex postfacto hereditatem eandem filio vel servo putativo deferri? Nihil ei oberit, quo minus eam repudiare sua ex persona possit, neque exinde obligabitur. Et eo sane pertinet *d. l. 6. §. 4. D. de adquir. hered.* cui hæc coassanda est: Et concordat insuper *lex 74. §. 2. eod. tit. & l. 54. in pr. D. de acquir. rer. domin.*

Ex hoc jam exemplo, seu ex hac specie (quæ & ipsa tractatur in *l. 21. Cod. de jure deliber.*) id nunc videmus, hanc Regulam spectare ad eos casus, in quibus liberi aut servi vel bona fide servientes, dicto audire necesse habent, & *ὑπακοῆς ἀνάγκην obedientiæ necessitatem* præstare debet, jure patriæ potestatis vel dominicæ, cujusmodi est hereditatis aditio, ut præter *d. l. 1. §. 3.* docet *d. lex 21. C. de jur. deliber.* (excepto casu *l. 3. in fin. Cod. de heredib. institut.*) item *lex 19. §. 2. D. de negot. gest.* ubi notanda illa; *quia non libera voluntate exequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili*, & *l. 14. D. de falsis*, *l. servus 20. D. de O. & A.* Neque enim si jus spectes, verum est illud apud Terentium, *Nostrum est, utcunque & ubicunque opus sit, obsequi*. Adversus quam etiam sententiam vide quæ disserit Gellius, non ubique bonus JCtus *lib. 2. cap. 7.* Contra nec obsequendum est omnibus jussis patris: & proinde in hac R. præsupponi debet, de iis actibus & negotiis eam accipiendam in quibus jus imperandi habent parentes, jure patriæ potestatis, & obsequi necesse habent filiifamilias. Atenim quibus casibus nulla obsequii necessitas filiisfamilias vel servis incumbit, contraria Regula aptanda venit: videlicet, etiam eum qui obsequitur imperio patris vel domini, velle credi.

Exemplum ponamus (atque ita objectionibus jam occurramus.) Primum in conditione matrimonii amplectenda. Filiusfamilias scilicet (ut maxime hoc inter *ἀδιάφορα indifferentia* seu *μέσα media* sit, & in medio posita, per sese neque inhonesta neque turpia) hac parte, licet *ταῖς πατρονομίας ἀνάγκαις ὑποκείμενος paterni imperii viribus subjectus*, ut Lucianus loquitur *in Demosth. encomio*, non cogitur lege vel autoritate paterna uxorem etiam honestam ducere (quod etiam Quintilianus agnoscit *declamat. 176.* quidquid contra Gellius, non bonus ubique JCtus, *d. lib. 2. cap. 7.* scribat, de quo Quintiliani & Gellii dissensu vide Ranchinum *2. Variar. 4.*) Neque matrimonium inter invitos contrahitur: Nam ut bene concordans liberorum matrimonium jure potestatis, id est patris autoritate, turbari non potest (idque jus certum fuit *l. 1. §. ult. D. de lib. exhib.*) ita contra inviti filii ad nuptias adigi lege jureve patriæ potestatis non possunt *l. non cogitur 21. & d. l. 22. de ritu nupt. l. 11. & l. filiofam. 13. D. de sponsal. l. nec filium 12. Cod. de nuptiis*, etsi in filia aliter jus fuit: argum. *d. l. 21. D. de rit. nup. & d. l. 11.* Nuptiarum non omnis potestas in patre est, inquit recte Donatus Orator urbis Romæ, *in Andriae Act. 1. Scen. 5.* ubi & Eugraphius, *Constat circa nuptias esse filiis liberam voluptatem*. Denique patris jussa hic detrectare potest filius, ut Tacitus aliquis loqueretur. Ergo, si patre cogente duxerit *maluisse* hoc videtur *d. l. si patre 22. D. de ritu. nupt.* Et sic hac in re obtinere debent quæ dicuntur de iis quæ *ἀκουσίως involuntarie* fiunt *διὸ καὶ ἀκουσίως ποιοῦμεν, ἀλλ' αἱρούμεθα ὅμως καὶ οὕτως ποιῆσαι propterea quod & inviti facimus, sed tamen eligimus sic facere*, ut Simplicius in Epictetum: neque ultra in jure extendendum id, in cæteris contra, ubi parendi lex est, velle quis non creditur. Similis ratio est *in d. l. 26. §. D. de pignorib.* nam & ibi filius emancipatus proponitur, & sic patria potestate solutus.

Ma-

Major adhuc ratio in delictis: & quidem atrocioribus, *d. l. 157. in princ. & 169. in pr. infr. h. t.* nam in levioribus aliud, *d. l. 157. 169. l. 37. D. ad leg. Aquil. & l. 4. §. ult. & seq. D. de his qui not. infam.* quæ alioquin hanc distinctionem nostram evertere videri possit. Verum hæc & similia ad hanc legem non pertinent, in quibus tamen Accursiani hic adhærent, verum de *civilibus* negotiis est hæc regula.

Et ita quidem hæc regula & intelligenda, cumque illis quas dixi concilianda, venit: Non ut alii faciunt, & nequicquam, qui ajunt, hanc legem cum temperamento hoc esse accipiendam, velle *plane* & *absolute* non intelligi qui imperio patris obsequitur, sed tamen velle, & voluntatem ejus esse tantum qualificatam & secundum quid, quæ hactenus interpretatio Cujacii est *16. Obs. ult.* qui ideo nullam differentiam constituebat inter hereditatem aditam patris jussu, & coactione, & eum qui nuptias contraxisset eodem cogente, quasi utrobique sufficeret qualis qualis, etsi coacta, filii voluntas.

Rursum ex his constat, ab hac regula alienum esse Interpretum tractatum, de his quæ vi metuve gesta sunt, veluti de hereditate vi aut metu adita, de quo alioquin agitur *d. l. 6. in f. n.* quam huic conjungendam jam dixi, ubi dicitur quis ita *fallens* adire hereditatem, quia scilicet metu adactus simulat se quid velle quod tamen non vult: specie & verbo tenus quo se metu illo liberaret, cæterum mentem immotam servavit, etsi seorsim protestatus non sit. Item, *l. 85. de adquir. her. l. 21. §. 5. D. quod metus causa:* in quo tamen neque Cujacius sibi satis cavit, *16. obs. ult.* Neque Hotomannus. Est enim hæc Regula, ut initio dixi, de obsequiosa tantum remissaque voluntate, non de coacta seu extorta vi metu dolo aut per errorem, de quibus erit *l. 116. & 184. infra h. t.* Etsi utraque voluntas, & obsequiosa, inquam, & coacta, non mera voluntas sit.

Tandem ex his constat, non hac R. quæri, quod putavit Rævardus, utrum filiusfamilias vel servus possit aliquod negotium gerere citra jussum domini vel patris: veluti, utrum filiusfamilias possit citra jussum patris hereditatem sibi delatam adire, quod Rævardus hac R. negari censet, quasi ejus sententia sit *velle non credi, voluntatem nullam habere*, filium vel servum, qui positi sunt sub aliena potestate: *Obsequendi* enim verbo hic intelligendus est actus aliquis singularis *ἐν ὑποθέσει in ypothesi* & obsequiosus, non vero status in genere personarum designatur, seu *ὑποταγῆς subjectio:* Etsi verum sit, quod etiam in hac R. supponitur, non posse filiumfamilias vel servum heredes institutos, sine jussu patris dominive hereditatem adire, eosque invitos hereditati obligare quod etiam *d. l. 6. in pr.* dicitur. Excepto tamen casu *d. l. 5. de castr. pec.* quæ & ipsa huic regulæ jungenda est. Tandem, ut hæc regula est de obsequio præstito patri vel domino; ita de obsequio jussui Judicis præstito, *l. 167. §. 1. infra*. Quo sane casu qui jussu Judicis aliquid facit, non videtur dolo facere, quia parere necesse habuit.

De FURIOSO & PUPILLO negotium contrahente, & Differentia inter eos.

V. PAULUS libro secundo ad Sabinum.

In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus, omnia tutore autore agere potest.

DE PUPILLO (de quo duæ jam Regulæ supra fuerunt: puta *lex* 2. §.1. *&* *lex* 3.) & de eo quidem qui fari jam potest (est enim pupillus vel infans, id est, septenni minor, vel septenni major, qui fandi vere potens habetur) quæritur hac R. utrum negotium aliquod civile scil. contrahere tutore auctore possit? Et definit Paulus, posse: proposita per occupationem differentia inter pupillum & furiosum. Nempe (quæ dubitandi ratio erat) etsi furiosi & pupilli regulariter inter se compararì, componi soleant, & pupillus proximus sit furioso, *l.* 1. §. 13. *D. de oblig. & act.* differentiam tamen quandam intercedere inter furiosos & pupillos fandi potentes, in negotiis contrahendis, & quidem in negotio adquirendæ hereditatis. Eo quippe pertinet unica hujusce legis sententia, qua continetur tertia jam quæstio in tractatu de adquirenda seu cernenda hereditate; & quidem de personis: Quæstio inquam juris, non ut vulgo creditur, voluntatis: neque enim hac l. quæritur, utrum furiosus aut pupillus aliquid velle seu consentire videatur, aut possit (de quo sane sunt quinque Regulæ *h. t. l.* 40. 110. §. 2. 111. *in pr.* 124. 189. *infr. hoc tit.*) sed utrum pupillus qui jam fari potest, *negotium aliquod contrahere*, seu *actum* aliquem, ubi voce opus est, seu qui *fando* (id est verbis solennibus) expeditur, celebrare, explicare, & quidem in specie hujus l. actum legitimum cretionis possit, quæ utique quæstio juris est, non voluntatis.

Rursum non quæritur *hac. l.* quando tutoris auctoritas requiratur, ut pupillus contrahere possit: Nam hoc alterius est tractatus: & vero de eo agitur *d. l.* 189. *infr. h. t.* Quid igitur? supposito illo prius, necessariam esse tutoris autoritatem, id est, tale negotium proponi, ut nonnisi tutoris interventu expediri possit, ut quia de pupillo obligando agitur, ac nominatim de cernenda seu adquirenda hereditate, quæritur, utrum saltem pupillus per se (ut loquitur *l.* 1. *C. ad SCtum Tertull.* cum qua etiam componi cupio *legem* 18. *circa fin. C. de jure deliber.*) sibi (ut ait. *l.* 63. *D. de adquir. heredit.*) *negotium* (quæ vox pariter in eodem argumento occurrit *l.* 25. §. 4. *D. de adquir. hered.*) seu *actum* (quæ vox pariter in eodem argumento extat *l. potuit* 5. *Cod. de jur. deliberand.*) illum celebrare possit, etsi sine tutoris autoritate, non possit? Id quod hac l. affirmatur, si modo pupillus fari possit, id est, si septennium egressus sit, pariter ut *l. pupillus si fari possit* 9. *D. de adquir. her.* (quæ huic inter alias conjungenda est, imo præmittenda.) Item *l. potuit* 5. (quæ fere accipienda est de pupillo qui fari potest) & *l. si infanti* 18. *C. de jur. deliber. & l.* 1. *C. ad Tertul. & l.* 8. *Cod. Theod. de bon. matern.*

Ratio dubitandi hæc erat, quæ etiam hujusce legis verbis indicatur, quod scilicet pupillus non magis quam furiosus *actum* rei intelligat, seu causam adquirendæ hereditatis

tat's non intelligat, ut loquitur *d. l. 9.* & ut eadem l. dicitur, talis ætas neque scire neque decernere possit, non magis quam furiosus: verum hæc ratio decidendi hic quoque proponitur: Quod furiosi & pupilli comparatio, si de pupillo obligando agatur, vera sit, seu quo ad actum Rei, i. substantiam rei, at non quoad nudum interventum ad *Negotium contrahendum*, id est, nudam *actus* celebrationem; ad id scil. satis esse, si modo pupillus fandi potens sit; nempe quod judicii semina in hujusmodi pupillo jam sint, intellectum jam aliquem habeat, ejus ætatis sit ut intellectum capiat *l. 1. §. cum enim. D. de adquir. possess. §. pupillus, Instit. de inutil. stipul.* ut proinde *negotium* ab eo *contrahi*, i. actum ab eo saltem celebrari, tutore autore nullius sit periculi; & quamquam pupillus neque velle neque nolle, neque non nolle ea in ætate credatur, adposita tamen tutoris autoritate hactenus creditur, *l. 189. infr. hoc tit.* Aliam vero causam esse furiosi, cujus negotia, seu actus, ut nunquam nonnisi curatore autore explicare debent, ita per ipsum & solum curatorem peragi ea oportet, nullo modo interveniente furioso, cum in omnibus absentis loco furiosus censeatur.

Cæterum usurpavit hanc regulam, uti dixi, Paulus in tractatu de adquirenda hereditate, & quidem in specie dictæ *l. pupillus 9. de adquir. her.* (cui etiam jungenda est ex eod. lib. *l. 5. D. de condit. & demonst.* v. & *l. potuit 5. Cod. de jur. deliber.*) quæ hujusmodi est: pupillus si infante major sit, id est, si septennium egressus jam fari possit, quamlibet ejus sit ætatis, ut actum rei seu causam adquirendæ hereditatis non intelligat, tutore tamen autore adquirere, cernere, hereditatem potest, & aditionis, cretionis, negotium seu actum expedire, seu contrahere, & cretionis verba fari, denique ipsius pupilli ACTUS & voluntas in hoc negotio contrahendo est necessaria, *d. l. potuit*. Et rationem JCtus addit *d. l.* hoc favorabiliter pupillo præstari: *favorabiliter*, id est ob ipsorummet pupillorum utilitatem: quod congruit omnino cum §. 10. *Inst. de inutil. stipulat.* ibi, *propter utilitatem eorum*.

Ex hac jam specie ad generalem hanc Juris regulam assurgamus: In omnibus negotiis contrahendis, pupillu, si modo fari possit, habilem & integram esse personam, & pupillum omnia tutore autore agere posse: *In negotiis contrahendis*, id est, in actibus celebrandis, sive ii facti sint sive animi, cujusmodi est cretio seu hereditatis adquisitio, de qua rursum dicetur *l. 77. infr.* Rursum, sive Judiciales ii sint, sive extrajudiciales, sive contractus, ut obligationes, stipulationes, *l. 1. §. 13. D. de O. & A. l. 1. 70. de V. O. §. 9. 10. instit. de inutil. stipulat.* (qui §. 10. omnino cum hac l. congruit:) sive quasi contractus, de quibus est proprie hujus legis species, de quasi, inquam, contractu, aditione scil. hereditatis. *Contrahi negotia* proprie passim dicuntur jure nostro, ut *h. l.* ita & *l. 32. de reb. credit. l. 49. de donat. inter vir. l. 35. D. locati, l. 2. §. 2. & l. 57. de O. & A. l. 2. l. 33. de condict. indeb. l. 14. de precario l. 70. de legat. 1. l. 4. quod jussu, l. 50. de jur. dot.* Et nominatim quidem id de aditione hereditatis usurpatur *h. l.* pariter, ut eodem sensu a Juliano *lib. 31.* Digestorum dicitur *negotium contrahi* tutore autore, id est, hereditas adquiri, *l. 14. D. de autorit. tutorum*, eodem, inquam, sensu; nam *lib. 3.* Digestorum, unde ea lex desumpta est, agit Julianus de adquirenda hereditate, ut docet *l. 6. §. 2. D. de adquir. hered. l. 21. D. de condit. & demonstr. & l. 6. 22. D. si quis omiss. causs. testam. Negotium*, i. actus, *πρᾶγμα factum:* quo ipso sensu *l. 4. D. de prascr. verb.* dicitur, *plura esse negotia*

gotia quam vocabula. Ad rem. Differt igitur pupillus infante major, & a furioso, & ab infante nondum ſeptenni videlicet: a furioſo, quia ſi de eo quæritur, curatoris authoritas ita neceſſaria eſt, ut furioſus ipſe, eo quamlibet autore, nihil unquam agere, nullum negotium contrahere poſſit. Rurſum (quæ altera differentia hic perſtringitur, hiſce, *qui fari poſſunt*, mox, voce OMNIA) diſtat pupillus qui fari poteſt, ab infante, id eſt, nondum ſeptenni: is enim & ſi fari poſſit, nondum tamen *fari* videtur; cum non intelligat quid agitur, infantiæ enim anni ſenſu carent, ut loquitur Plinius *lib. 7. cap.* 50. atque ideo furioſo penitus comparatur & conjungitur *l. quod infans* 60. *D. de rei vindic. l. infans* 12. *D. ad l. Cornel. de ficar. §. ſed quod*, 11. *Inſtit. de inutil. ſtipul.* ſicuti furioſi ſentire non dicuntur *l. Divus* 14. *D. de offic. Præſ. l. ſi tibi* 8. §. 2. *de opt. leg. l. ſi cum dotem*, §. *maritus*, *D. ſolut, matrim.* infantis nullus eſt ſenſus, *l. quamvis*, 32. §. 2. *de injur.* Ad rem. Infanti uti ſemper neceſſaria eſt tutoris autoritas, ita pauca ipſe infans eo autore peragere poteſt: nempe ea tantum quæ facti ſunt, veluti infans poſſeſſionem tutore autore incipere & adquirere poteſt, & hoc ipſum pariter recepto jure, utilitatis cauſa, *l.* 32. §. 2. *D. de adquir. poſſ. ſſ. l.* 4. §, 1. *D. de uſucap. l. donationum*, *Cod. de adquir. poſſeſſ.* item pro herede gerere, quamvis infans cum autoritate tutoris hereditati obligari poſſit, *l. ſervo*, §. *ſi pupillus*, *D. ad Trebell.* At ſi de pupillo qui jam fari poteſt, quæratur, ut non ſemper neceſſaria eſt illi tutoris authoritas (de quo monent vel Inſtitutiones) nam & ſtipulari ſine tutore poteſt: ita ubi neceſſaria eſt, ipſemet pupillus OMNIA tutore authore agere poteſt, non ea tantum quæ facti ſunt, veluti pro herede gerere, poſſeſſionem incipere; verum & ea quæ ſunt magis animi, ut hereditatis aditio, ſive cretio.

Hæc cum ita ſint, liquet hujus legis ſpeciem non pertinere proprie ad Contractus (quod *contrahendi* voce in errorem inducti multi cenſuere.) Item liquet, pertinere eam ad nudum interventum, ad actus, inquam, & negotii expeditionem, explicationem ſeu celebrationem, *pour ſolenniser un acte*: Et vero hoc eſt, quod dicitur *d. l. potuit* 6. *C. de jur. deliber.* pupilli ipſius voluntatem hac parte neceſſariam eſſe, ACTUMQUE qui quidem fando expeditur: cujuſmodi fuit hereditatis aditio. In hereditate quippe adeunda & cretione, ſolenni verba interveniſſe notiſſimum eſt, *l. cum qui*, §. *ult. D. de adquir. hered.*

DE REPUDIATÆ hereditatis indicio quodam.

VI. ULPIANUS libro ſeptimo ad Sabinum.

Non vult heres eſſe, qui ad alium transferre voluit hereditatem.

PRO *herede* quis *geſſiſſe*, vel *ut heres* quis *cepiſſe*, & retro, quis *hereditatem repudiaſſe* videatur, hac regula quæritur: (quæ quarta jam quæſtio eſt in tractatu de *Adquirenda, Repudianda* vel omittenda hereditate) *Pro herede*, inquam, geſſiſſe quiſnam videatur, ſeu undenam quæſitæ repudiatæve hereditatis facto aliquo conjectura, ſeu præſumptio, probatiove duci poſſit (id enim eſt *pro herede gerere*) Hereditatis inquam teſtamento delatæ? Et ait Ulpianus, obſcure (ut equidem Accurſio vide-

videtur & sequacibus) *Eum qui voluit transferre hereditatem ad alium, non velle heredem esse*, id est, eum simul testatum facere, nolle se heredem esse. Quæ sane regula, nisi ad suam speciem reducatur, ridicula ferme erit, & ut loquuntur Interpretes, super non dubitabili, & idem de eodem prædicabitur: certe, ut quidam volunt, ne regula quidem juris erit, sed simplex pronunciatum quoddam. Ecquis enim dubitare possit, *eum nolle esse heredem, qui noluit ad se pertinere hereditatem?* Et ideo Glossa in exemplis *ad hanc leg.* apponendis cum maxime æstuat, & post omnia ea apposuit, quæ una litura sunt expungenda; solus Albericus, & post eum Ferrarius, divinando rem tetigere, spectare videlicet hanc regulam ad speciem *l. fuit quæstionis* 24. *D. de adquir. heredit. & l.* 2. *D. si quis omiss. caus. test. & l.* 8. *D. de mort. caus. donat.* etsi nesciverit bonus Albericus (quod potissimum & palmarium nobis est argum.) has tres Leges omnes ex eodem lib. 7. Ulpiani ad Sabinum, unde hæc, desumptas esse, quod etiam Cujacius recte monuit, & sic huic conjungendas, quo quidem libro egit de adquirenda hereditate: Et sane, nisi effectum regulæ spectemus, erit ea omnino cassa, inanis, imo ridicula.

Fingamus igitur (quod ex *dictis ll.* quas huic conjungendas esse dixi, liquet) me heredem institutum, quacunque tandem ex causa pretium accepisse hereditatis omittendæ vel prætermittendæ causa, & sic locum fecisse ALII, i. vel substituto vel legitimo: denique in eos transtulisse me hereditatem: Quæritur, pretium illud quod omittendæ hereditatis causa accepi, quo jure censeri debeat, id est, utrum velut heres id ceperim, & sic quasi pro herede me gesserim? Quod utique quæri multum interest, propter onera scilicet hereditaria & creditores? Et vero ex hac regula efficitur, pretium hoc me non capere velut heredem, neque quasi pro herede me hac ratione gesserim: Et ut diserte dicitur *d. l.* 1. *D. si quis omissa causa testam.* quæ huic coassanda est, pro herede gerere non videtur, qui pretio accepto prætermisit hereditatem. Quid igitur? Mortis causa id pretium cepisse videor, ut definitur *dict. l.* 24. *& d. l.* 8. mortis causa, id est non ut heres, vel ex hereditate, verum occasione hereditatis & propter mortem (id enim est *mortis causa capere*, ut docet *lex* 12. 31. 38. *D. de mort. causa donat.*) Ideoque creditoribus, legatariis, fideicommissariis ne quidem pro modo hujus lucri, seu pretii, tenebor *d. l.* 24. *D. de adquir. hered. & d. l.* 2. *d. l.* 8. Cujus rei non alia ratio, quam ab hac regula petenda est, *Quia non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem*. Et ut in simili idem Ulpianus eodem lib. 7. ad Sabinum, *l. si quis* 21. *in pr. d. tit. de adq. hered.* quæ & ipsa huic inter alias coassanda venit, ait, *Admissum contrariam voluntatem declarat*. Et tamen (quæ jam alia quæstio est ab hac regula aliena) si in præjudicium tertii hereditatem ita omisero, legitimoque, v. g. heredi locum fecero, in edictum Prætoris incidam, dabiturque in me actio haud aliter atque si revera heres essem, ut subjicitur *dict. l.* 24. *& d. l.* 2. *D. si quis omiss. caus. test.* quam huic conjungendam dixi: in præjudicium tertii, id est legatariorum, quia per me non steterit, quin legata ruerent, ruente institutione, & sic hoc casu tenebor, non quasi heres sim, qui utique heres esse nolui, contraria voluntate testata, *d. l. si quis* 21. *in princ. de adquir. heredit.* verum quia heres esse nolui in fraudem tertii, & ad evertendum defuncti judicium.

Ex his jam liquet, quod & P. Faber recte notavit, non debuisse, hujus l. lectionem a non-

a nonnullis sollicitari, quasi hic legendum sit *transferri*, non *transferre*. Nam imo *transferre* hic legitimum est, quia in sp. hujus Reg. ponendum est, factum aliquod heredis instituti intercessisse, quo is transferre voluit a se hereditatem in alium. Quare activæ significationis vox hic necessaria est. Secundo liquet cum Decio, a quo neque abit Bulgarus, verba, *transferre voluisse*, hac l. ut alibi quoque, cum effectu accipienda, pro *transtulisse*, translatum ivisse, transferendi voluntatem declarasse, in causa fuisse ut transferretur: Nisi casum ponamus in herede testamentario, qui ad remotiorem aliquem legitimum heredem, quem putabat proximum, transferre voluit hereditatem pretio aliquo accepto, cui tamen postea a propiore agnato hereditas evicta fuit. Tertio ex superioribus apparet, male hujus regulæ sententiam & speciem referri ab Hottomanno *ad sp. l. pro herede* 20. *D. de adquir. hered. l.* 1. 2. *C. de repud. hered.* quia ibi agitur de eo qui negotium hereditarium *pro alio* gessit, hic vero agitur de eo qui ad alium hæreditatem a se scilicet seu persona sua, cui hereditas delata fuerat, TRANSTULIT. Postremo neque Antonii Fabri divinationem admitto, *Error. decade* 70. *error.* 9. qui hanc regulam referebat ad id quod Ulpianus *in fragm. tit.* 19. scripsit, hereditatem legitimam etiam priusquam adeatur in jure cedi posse, denique hanc regulam pertinere ad cessionem in jure hereditatis legitimæ. Tandem igitur pertinet hæc regula ad generale illud enunciatum: *Adquisitæ hereditatis conjecturam duci ex actu, quem quis ut heres celebravit:* non vero ex alio actu. Cujus rei ratio hæc est, quod hereditatis aditio sit tam facti quam animi: & ut quis pro herede gerere videatur, non hoc spectamus ut aliquid hereditarium attingat, vel hereditatis occasione, verum hoc animo esse debet, ut velit heres esse. *d. l. pro herede* 20. *& l. gerit.* 88. *D. de adquir. hered.* In genere tandem, unde hereditatis vel bonorum possessionis adquisitæ, agnitæ, & retro repudiatæ conjectura, præsumptio, probatio ducatur, vide Menochium 4. *præsumpt.* 99. 100. 101. 102. 103. 104.

TESTATI ET INTESTATI pugna in bonis paganis.

VII. POMPONIUS libro tertio ad Sabinum.

Jus nostrum non patitur, eundem in paganis & testato & intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus & intestatus.

TESTATUS & intestatus pro parte, num quis decedere possit, hac regula quæritur (quæ quinta jam quæstio est in argumento adquirendæ vel omittendæ hereditatis) de quo sunt complures aliæ leges ex eodem Pomponii libro desumptæ: puta *lex* 11. 23. 27. 29. 36. *D. de adquir. hered. l.* 3, *si quis omiss. causa testam. l.* 1. *de adqu. rer. domin.*

Ea vero quæstio generaliter proposita, duplex videri possit; Quæri enim potest: Primo, num ab initio ipsius testatoris facto testatus quis & intestatus decedere possit. Secundo, num heredis facto, seu adquisitione & heredis existentia, seu ex postfacto, sive judicii potestate seu eventu. Ad quam quæstionem respondetur in effectu sub duabus distinctionibus seu differentiis. Prima, bonorum paganorum & castrentium differentia indicatur: *In paganis* scilicet id est, in bonis non militaribus, quæsitis (ut recte Accursius) alio jure seu occasione quam militiæ, nemo testatus & intestatus decedere potest,

test. Nam ut militibus *pagani*, id est, non militantes; ita *pagana*, sive paganica bona, castrensibus opponuntur: Probanda scilicet hic est omnino Accursii Glossa (contra Cujacii mentem) qui hæc verba, *in paganis*, non de personis, sed de rebus seu bonis accepit, quod verba illa apertissime ostendunt, *eundem in paganis*: Nam alioquin si de personis hic res esset, dixisset simpliciter J Ctus *eundem paganum*, non *eundem in paganis* In paganis igitur *bonis* scil. idem testatus & intestatus decedere non potest. At in castrensibus miles potest ab initio pro parte testatus & intestatus decedere: quod indubitati sane juris est, posse videlicet militem ipsum in his decedere partim testatum, partim intestatum ab initio; etsi ex post facto heredis, miles non magis quam paganus pro parte bonorum intestatus decedere potest) ut apparet ex *l. si duobus* 37. *D. de testam. milit. l.* 1. 2. 8. *C. eod. tit. l.* 19. §. 2. *D. de castrensi peculio*, vel pro parte temporis *l.* 15. §. 4. *l.* 19. *l.* 41. *de test. mil.*

Ergo in specie hujus legis quærebatur, num & in *paganis bonis*, miles scil. pro parte testatus & intestatus DECEDERE initio posset? Potest enim idem miles habere bona pagana & bona castrensia: Quærebatur, inquam, utrum quemadmodum pagani homines non possunt decedere partim testati, partim intestati, quod etiam Tullius *de Inventione* prodidit: *Unius*, inquit, *pecuniæ plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem alius testamento, alius lege heres esset:* ita neque milites in iis bonis possint? Et vero hac regula definitur generaliter, EUNDEM *non posse in paganis testato & intestato decedere: Eundem*, sive paganus is sit, sive miles: Ac si diceret JCtus quæ singularia jura in militibus obtinent, ea nonnisi ad castrensia bona spectare; in paganis vero bonis milites communi jure uti debere; sicut, vice versa, in ipsismet castrensibus bonis veterani, id est, non amplius militantes communi jure uti debent. Denique, privilegium hoc militum ut locum obtineat, duo requiruntur, puta ut miles quis adhuc sit, & ut de castrensibus bonis agatur. Nam si non amplius miles sit, etsi de castrensibus agatur, communi jure uti debet: vice versa, etsi miles sit, si de bonis paganis agatur, æquo jure cum paganis uti debet. Atque hæc est genuina hujus legis interpretatio: ubi notanda venit prima differentia bonorum castrensium, & paganorum, etiam cum de milite agitur, ut dixi. Secunda differentia quæ hac lege indicatur, seu distinctio est: quod DECEDERE in paganis bonis pro parte testatus & intestatus nemo possit: DECEDERE, inquam: & sic initio inspecto: Aliud vero dicendum ex post facto: aliquando quippe intestati exitum pro parte quis facere potest: Aliud scilicet est DECESSISSE intestatum, aliud testamentum pro parte INFIRMARI & intestati exitum facere. Quem exitum pro parte quis facere potest; judicii videl. eventu, de quo sub finem. At non & heredis facto, de quo agitur *l.* 36. *D. de adquir hered.* quæ velut ex eodem Pomponii libro, huic conjungenda est: Certum enim est, militis quoque voluntatem circa bona castrensia heredem pro parte amplecti, pro parte fastidire non posse. Denique, in testamentis quoque militum servatur ea regula, non posse hereditatem uni delatam, partim adiri, partim repudiari: Et tamen in heredis facto casum ita nunc ex ea *l.* 36. fingamus: Ego & filius meus a Titio heredes instituti fuimus; Ego pro parte mea adii: quæritur, utrum possim pro parte filii repudiare? Et negat id JCtus *in d. l.* 36. necessarium enim esse jussum meum, i. cogi me jubere, ut filius coheres meus adeat: Nam cum per filium meum mihi

mihi adquiratur, pro parte hereditatem ſcindendo adire non poſſum. Quare non poſſum quandam partem faſtidire, ſeu repudiare, quandam agnoſcere, *d. l.* 1. 2. *C. de teſtam.milit.* Uno verbo, individua hereditatis acquiſitio eſt: cujus rei exempla elegantia quoque occurrunt, *l.* 20. *C. de jur. deliber. l.* 1. 2. *D. de adquir. hered. l.* 1. §. *in his itaque*, *C. de caduc. toll. l.* 4. *C. de omni agro deſert.* ſeu *l.* 17. *C. Th. de annon. & tribut. & l.* 5. *C. Th. de bonis maternis*.

Sed ad veram ſpeciem redeamus. Initio ipſo ipſaque juris poteſtate, nemo *in paganis* bonis teſtatus & inteſtatus decedere poteſt: nam ut maxime pro parte bonorum meorum heredem inſtituero, attamen tota hereditas ad inſtitutum pertinet, ſic ut tacite in univerſo inſtitutus intelligatur. Unde & jus accreſcendi enatum quoque eſt, cauſa teſtati trahente ad ſe cauſam inteſtati, *l.* 1. §. *ſi ex fundo*, *l.* 13. §. 2. *l.* 35. *l.* 74. *D. de hered. inſt.* §. *hereditas*, *Inſt. eod. tit. d. l.* 1. §. *in his itaque*, *C. de caduc. toll.* Idemque fuerit, si pluribus heredibus inſtitutis teſtator partes ſingulis ſuas adſcripſerit, neque totum aſſem expleverit: nam id quod ſupereſt in hereditate, ſingulis pro portione hereditaria adcreſcet: niſi forte aliquo argumento liqueat, teſtatorem noluiſſe locum eſſe juri adcreſcendi; quæ Bartoli, & poſt eum Gomeſii verior mihi videtur ſententia. Rationem hanc reddere ſoleo, quod jus adcreſcendi in ipſorummet teſtatorum favorem introductum fuerit, ipſam teſtatoris voluntatem proxime ſequendo, qui vel oblivione quadam partium viriumque hereditariarum potius obliti creduntur, præſertim in extremis conſtituti, quam ut inteſtati exitum aliquo modo facere voluerint. Unde ſequitur, si contrarium probari poſſit, etiam juri adcreſcendi locum non eſſe.

RATIO autem cur id ita jure civili conſtitutum sit (ut loquitur *lex* 64. *D. de hered. inſtitut.*) ſeu cur hac lege dicatur, *Jus noſtrum hoc non pati, ut*, &c. non ea primum eſt, quod quidam volunt, qua vulgo dicitur, *Teſtamentum eſſe individuum:* Id enim dici ſolet propter actus, id eſt, teſtamenti ordinandi contextum; nempe actu continuo teſtamentum ordinari oportet. Neque ea etiam ſufficiens ratio eſt, quod abſurdum sit, duplici ſeu diverſo jure teſtatorem heredem habere: Semper enim quærendum ſupereſt, cur id abſurdum sit, ac præſertim cum in quamplurimis caſibus (de quibus fine legis) id abſurdum non sit. Gemina igitur ratio, tum civilis, tum naturalis *hac l.* indicatur: & civilis quidem his verbis, *Jus noſtrum non patitur*: jus noſtrum, id eſt Civile juſta ſcilicet voluntatis defuncti præſumtione, si videl. quæramus, utrum ab initio quis teſtatus & inteſtatus ſimul decedere poſſit. Ecquis enim non ita cenſeat, eum qui ſemel in animum induxit ſuum: heredes inſtituere, id etiam voluiſſe, ut quod *heredis* nomen præ ſe fert, in ſolidum eos heredes eſſe vellet? ut proinde teſtator, niſi contrariam voluntatem teſtatus ſit, in memoria potius quadam partis alicujus oblitus cenſeri debeat, ne ſibi ipſi diffidere & ſecum pugnare videatur. Altera ratio, civili ſuccenturiata, eſt naturalis: nempe, quod *earum rerum naturaliter inter ſe pugna ſit, puta teſtati & inteſtati*. A communi ſcil. ſenſu ſeu naturali hæc ratio petita eſt, quod duo contraria ſimul ſubſiſtere non poſſint: ſeu, ut hic dicitur, *earum rerum naturaliter inter ſe pugna eſt*, ut quæ pugnant inter ſe, in eodem ſubjecto concurrant. Male enim Hugo Grotius, morem receptum jure Romano interpretatur: quod jam initio legis dictum fuit. Sic quoque Seneca *6. de benefic. 6. Alioquin jubes me eodem tempore amare & odiſſe, queri & gratias agere, quod NATURA non recipit.*

Are-

Atenim si de facto heredis quæritur, utrum pro parte defuncti voluntatem amplecti possit, & sic defunctum testatum facere, pro parte vero repudiare, & sic intestatum reddere: longe alia jam ratio quærenda est (unde rursum apparet hac l. agi tantum de initio, & testatore ipso) scil. hæc, quia defuncti voluntas quæque individua est: adeo quidem, ut & commodi & onerum mixturam & compensationem quandam testator induxisse videatur, ut proinde non sit permittendum, ejus arbitrio obniti, atque onera ejus defugere, per quem honos obtigit & commodum: & absurdum videtur, licere eidem partim comprobare judicium defuncti, partim evertere, *l. 7. de bon. libert.*

Quærat aliquis: Quare igitur id *Militibus in bonis* castrensibus concessum fuerit, ut pro parte testati ab initio, & pro parte intestati decedere possint? Respondendum est, id ea ratione constitutum, quod videlicet (ut in alia re loquuntur Imperatores) militantes levi sensu testamenta ordinare soleant, atque in extremis constituti periculis sua in commilitones erogare, & (ut loquitur *lex 16. in fin. D. de castr. pecul.*) *militia causa*: nulla, ut sæpius sanguinis ratione, seu legitimorum heredum, quos in patria quisque sua reliquerit, amplius memoria: ut proinde velut in lubrico id quod leviore sensu fit, coerceri suos intra fines oportuerit, sic ut non tam facile causa testati secum intestati causam traheret. Quare si unum heredem miles scripserit ex fundo forte, residuum patrimonium ad legitimum heredem pertinere creditum est, *l. 6. D. de testam. milit.* quæ lex Ulpiani e *lib. 5.* ad Sabinum ita de castrensibus bonis accipienda est; ubi & observanda vox CREDITUM; justa videlicet præsumptione. Ut mirer esse, qui hanc in partem aliter sentiant, quique & hanc Regulam & *d. l. 6.* a Triboniano interpolatas censent. Atque ideo etiam jus adcrescendi in testamento militis non est, *l. 37. D. de testam. milit. l. si filius*, *§. castrensium*, *de bonis libert.*

Tertium superest: legum contrariarum, adversus id videlicet quod diximus, ex postfacto quoque defunctum testatum & intestatum fieri non posse, profligatio, puta *l. 8. §. 5. l. 15. in fin. l. mater 19. vers. secundum quod*, *l. 24. D. de inoffic. test. & l. 6. 11. D. de vulgari substit. l. si Titius*, *§. ult. de legat. 3. l. 1. Cod. de secund. nupt.* Verum his omnibus legibus duplex responsio parata est. I. Agere nos de legitima testatoris voluntate. Atenim nonnulli textus contrarii sunt de illegitima testatoris voluntate, ut proinde mirum non sit, illis casibus dividi testatoris voluntatem, & rupto pro parte testamento, pro ea parte intestatum fieri pro qua in leges incurrit: denique utile per inutile non vitiari, quod aliæ Juris regulæ monent. II. In nonnullis superioribus textibus id ita constitui, propter inevitabilem & summam necessitatem, id est propter judiciorum & personarum agentium diversitatem, & quia nisi ita jus esset, prorsus intestatus, ejusque voluntas everteretur: Atquin hoc jus eo unice spectat, ut voluntates defunctorum sustineantur.

PARS III.

REGULARUM SABINIANEARUM, DE LEGITIMIS ET PRAETORIIS SUCCESSIONIBUS.

De Jure SANGUINIS.

VIII. IDEM (Pomponius) libro quarto ad Sabinum.

Jura ſanguinis nullo jure civili dirimi poſſunt.

AD LEGITIMAS & PRAETORIAS SUCCESSIONES pertinet hæc, ſeptima e Sabinianeis, Regula: & ad eam nominatim quæſtionem, *Utrum jura ſanguinis* (quo ſane numero eſt jus legitimæ ſucceſſionis & bonorum poſſeſſionis) *jure civili* (id eſt minima capitis deminutione) *dirimi poſſint?* Id quod hac regula negatur: Unde illud in ſummam elucet, in quæſtione Juris, pro jure potentiori ſemper reſpondendum eſſe, cujuſmodi utique eſt jus ſanguinis, & naturæ, cum nudo jure civili compoſitum. Ut autem hæc lex certius, melius, intelligatur, de quinque ſequentibus videndum eſt. 1. Quid per *ſanguinem* hac l. intelligatur. 2. Quid ſit *jus civile*: 3. Quid *jura ſanguinis*; 4. Quid quæratur quidve ſit *Dirimi*. 5. Quæ denique *ſpecies* apponenda ſit.

1. *Sanguis* igitur hac l. eſt *cognatio* naturalis quæ ſecundum naturam eſt: *l. qui in adopt. 23. D. de adopt. l. 2. D. unde cognati, l. 12. D. de manum. vind. l. dotem 16. in fin. D. de caſtr. pecul.* ut agnatio, ſecundum jus civile. Cognatio, inquam, non tantum per mares, ſed etiam per feminas. Non ita bene Accurſius, qui jura ſanguinis vocavit *Jura conſanguinitatis:* Nam conſanguinitas in jure proprie eſt fraternitas & adgnatio, *§. vulgo, Inſt. de ſuc. cogn. §. 1. Inſtit. de legit. tut. agn. l. 4. D. unde cognati: l. penult. C. de legit. heredib.*

2. *Jus civile* eſt merus ſeu nudus juris civilis actus legitimus, & ſic capitis diminutio minima, cujus ſpecies ſunt adoptio, emancipatio: Hoc enim ſenſu proprie *jus civile* hac l. accipiendum eſt, quomodo etiam accipitur *l. 2. §. 7. D. de O. J. l. 2. unde cognati: l. 12. D. de man. vind.* Quod eximie oſtendit ipſa ſpecies, cui hæc R. aptanda venit, ex *l. 5. D. unde cognati: l. ſi quis ex his 5. D. ſi tabula teſt. nulla: & l. 4. D. de ſuis*, quæ omnes ex eodem Pomponii *libro* 4. deſumptæ huic conjungendæ ſunt. Quæ ſimul oſtendunt, per *jura ſanguinis* (quod tertium hac l. explicandum venit) intelligi oportere ſpeciatim meritum hereditatis accipiendæ (ut loquitur *d. l. dotem in fin.*) ſeu commoda

da successionis, quæ jure seu ratione sanguinis jureque cognationis defertur: gradu cognatorum, *d. l. 5. unde cognati*.

3. Quare ex his omnibus efficitur, non hic quæri generaliter, utrum aliquando jus civile a naturali jure *recedere* possit (quod alterius est quæstionis, quamquam neque quæstionis esse potest) verum utrum speciatim jus successionis, quod jure sanguinis sub nomine naturali defertur, possit jure civili dirimi: DIRIMI, inquam, id est, penitus aboleri, dissolvi: Tandem ex his liquet, non quæri, utrum pacto seu conventione aliqua jus sanguinis imminui possit, de quo tractatur *l. jus agnationis 34. D. de pactis*.

4. Species igitur nunc tandem hujus R. hæc constituatur ex *d. l. 5. unde cognati, & ex d. l. 4. de suis*, & *d. l. 5. fi. tabula test. nulla*. Finge, me capite minutum, id est, me aut in adoptionem in alienam familiam datum, vel emancipatum? Sane ad agnati quondam mei successionem seu hereditatem tanquam legitimus, id est, agnatus jure civili non admittor, quia jus adgnationis, quod est juris civilis, alio jure civili facile dirimitur: Atenim qui jure heredis legitimi seu agnati non admittor, admittar adhuc, ut cognatus; ex titulo *unde cognati*, seu gradu cognatorum. Quare? Quia cognationis jus, jus est *sanguinis*, quod nullo jure civili DIRIMI seu aboleri in totum potest, *d. l. 5. D. unde cognati: & d. l. 4. D. de suis:* addatur & *lex 10. §. inter agnatos, D. de gradibus*.

Sed, ut objectionibus occurramus, quæ nullo, nudo videlicet soloque jure civili dirimi sanguinis ratio potest, ea accedente delicto & crimine dirimitur. Denique non jure civili, sed ob incivile factum seu delictum, sanguinis ratio dirimitur, puta maxima & media capitis diminutione, & quidem in terminis, jus hoc ipsum, id est commodum successionis legitimæ, *l. 19. D. de reb. dub. l. 2. §. 1. D. ad SCtum Tertull. l. 7. D. unde cognati, §. ult. Instit. de legit. agn. tut. & §. 6. Instit. de capit. minut.* Non tamen ex causa relegationis, ex rescripto D. Trajani: ut hoc eodem libro testatur Pomponii *lex 1. de interd. & rel.* Etsi quoad jus nuptiarum, cognationes etiam serviles spectentur, *l. 14. §. 2. D. de ritu nupt.*



PARS IV.

REGULARUM SABINIANEARUM, DE LEGATIS, &c.

Ad Tractatum de LEGATIS pertinentes duodecim Leges, seu tredecim Regulæ Sabinianeæ, ad leg. 20. usque inclusive, sequuntur.

De OBSCURI Interpretatione.

IX. ULPIANUS libro quintodecimo ad Sabinum.

Semper in obscuris quod minimum est sequimur.

DE OBSCURI, seu DUBII (de quo peculiaris est titulus, & quidem in materia legatorum, in Digestis *de rebus dubiis*) interpretatione est hæc regula, pariter ut eodem pertinent septemdecim præterea hujus tituli regulæ, *in l.* 20. 34. 41. §. 1. 56. 67. 73. §. 3. 85. 96. 114. 155. §. 2. *l.* 168. *in pr.* & §. 1. 172. 179. 191. 192. §. 1. 200. quarum plerasque collegit uno capite Harmenopulus περι ασαφειας και αμφιβολιας *de obscuritate & ambiguitate*, *lib.* 1. *cap.* 15. Et nobis igitur, ad hanc etiam nostram, quæ prima omnium in eo argumento occurrit, accedentibus, operæ pretium fuerit eas velut unam in lineam semel conjicere, ut ita ab invicem recte distinguantur: quod tribus capitibus exequemur.

Primo quidem distinguendæ veniunt quinque *Obscuritatis* species, ut quidem leges ipsæ ostendunt, vel ex speciebus earum colligi potest. Prima est, ob indistincta verba seu indefinita; veluti Testatoris *h.l.* aut Judicis, *l.* 15. §. 2. aut Contrahentium, *l.* 34. Secunda, cum nihil expressum fuit, de quo est *lex* 41. §. 1. *l.* 114. 179. 191. 192. §. 1. 200. Tertia obscuri species est sermonis, verborum, orationis, ambiguitas, quæ duas interpretationes recipit, quæ vulgo amphibolia: de quo sunt quatuor leges, puta *l.* 67. 85. 96. 172: quanquam est ubi obscurum & ambiguum, confunduntur. Quarta obscuritas est, cum scripta intelligi non possunt *l.* 73. §. 3. Quinta obscuritas est facti ab aliquo, ubi quæritur qua mente id fecerit, *l.* 114. 168. *in pr.* & §. 1. Et hæc quidem de obscuritate & quæstione voluntatis. Sexta obscuritas est eventus scil. de quo *l.* 56.

Secundo loco observanda sunt *subjecta*, seu res & negotia, in quibus obscuritas admitti seu subesse solet: veluti in testamento & legatis, *h.l.* & *l.* 56. 73. §. 3. 192. §. 1. in contractibus & stipulationibus, *l.* 34. 67. 96. 172. 200. in pactis dotalibus, *l.* 85. in

in actu aliquo, veluti negotiorum geſtione, *l.* 114. in pœnalibus & in ſententiis, *l.* 155. §. 2. *l.* 168. *in princ.* & §. 1. in actionibus, *l.* 172. in manumiſſionibus, *l.* 179. in reſcriptis Principum, *l.* 191.

Poſtremo loco *λυσεις της απορίας ſolutiones difficultatis* hic ſemel colligendæ ſunt: Conjecturæ, inquam, ſeu modi tollendæ, explicandæ, obſcuritatis; qui quidem quatuordecim numero *hoc tit.* deſignantur. 1. Sequendum ſcilicet quod minimum eſt, *h. l.* & *l.* 34. *in fine* 2. Quod minimum nominatim habet iniquitatis eligendum, *l.* 200. 3. Quod in regione frequentatur ſequendum, *l.* 34. 4. Repetitioni potius quam lucro favendum, *l.* 41. §. 1. 5. Benigniora præferenda, ſeu benignius interpretandum, benignius reſponſum rapiendum, benignior interpretatio ſequenda, *l.* 56. 155. §. 2. 168. *in princ.* 192. §. 1. 6. Rei gerendæ aptior ſententia excipienda, *l.* 67. 7. Pro dotib. reſpondere melius eſt, *l.* 85. 8. Sententia ejus maxime ſpectanda qui protulit, *l.* 96. 191. 9. Quod veriſimilius eſt inſpiciendum, *l.* 114. 10. Et quod plerumque fieri ſolet, *d. l.* 114. 11. Ex adfectione cujuſque interpretatio capienda, *l.* 168. §. 1. 12. Contra venditorem interpretandum, *l.* 172. 13. Pro Actore, *d. l.* 172. 14. Secundum libertatem reſpondendum, *l.* 20. ſeu libertati favendum, *l.* 179. Nunc de regula noſtra.

Hæc igitur regula noſtra eſt de Obſcuro ſeu Dubio ob indiſtinctum, indefinitum ſermonem, pariter ut *lex* 34. & *lex* 155. §. 2. *in fin.* Et quidem de obſcuro legato, ſeu ſermone & diſpoſitione teſtatoris, pariter ut *d. lex* 56. 192. §. 1. ubi quæritur, ſi quando talis diſpoſitio obſcura, tale legatum obſcurum, proponatur, quidnam Judici facto opus ſit, & quænam interpretatio adhibenda ſit? Et generaliter definitur, *ſemper in obſcuris quod minimum eſt ſequi nos oportere.* Ait lex *ſemper*, id eſt; ut in ſtipulationibus & contractibus *d. l.* 34. 200. ita & in Teſtamentariis diſpoſitionibus & legatis: quo, ſeu ad quam ſpeciem proprie hæc R. referenda eſt, pariter ut *d. l.* 86. 192. §. 1. conjungendaque cum *l. ſi ita ſit* 14. *in fin D. de legat.* 1. ſic, ut hæc R. Papiniani potius quam Ulpiani videatur, ſed quam Ulpianus lib. 1. ad Sabin. ceu elegantiſſimam juris inſertam inſeruit, quo ſane libro 15. Ulpianus egit de vitiis teſtamentorum, ſeu ultimarum diſpoſitionum, & legatorum: quo ſane in vitiorum cenſu eſt & obſcuritas ſeu dubietas. 2. Ait lex *In obſcuris*, & quidem in ſp. hujus l. ob indefinitum & indiſtinctum ſermonem, quia non apparet, quo ſe retulerit teſtator, ut in hac ſpecie. Teſtator diverſæ quantitatis vel æſtimationis legatum ſæpius adſcripſit; mox ſubjecit, ante impletum teſtamentum, *Velle ſe ſemel tantum præſtari*, id eſt unum tantum e ſupraſcriptis legatis præſtari, quæritur, quodnam ſit legatario præſtandum: Nam obſcurum eſt, ſeu non apparet hoc indefinito ſermone quodnam teſtator præſtari voluerit, ſeu quo ſe retulerit? Et vero Papinianus *d. l. ſi ita* 14. *in fin.* hanc quæſtionem tractans ait, *poſſe dici*, id eſt, hoc potius, hoc æquius eſſe, uti dicamus, exiguius legatum eſſe præſtandum. *Similes* vero plures ſpecies huic noſtræ, in obſcuritate ob indefinitum & indiſtinctum ſermonem in materia legatorum, in quibus huic R. locus eſt, ſuppeditant, præterea quam plures leges aliæ: puta *l. ſi ita ſit adſcriptum* 14. *in fin. l. cum ſervus* 39. §. 6. *l. ſi ſervus* 50. *in fin. D. de leg.* 1. *l. ſi ita relictum* 43. §. 1. *D. de leg.* 2. *l. qui concubinam* 29. §. 1. *l. nummis* 75. *D. de legat.* 3. Tandem ubi de modo & quantitate alicujus rei agitur, toties hæc R. obtinet, etiam

in

in pœnalibus judiciis, *l. inter pares 35. D. de re judic. l. 3. §. ult. D. de suspect. tut. l. 32. D. de pœnis.*

Sed ita demum huic regulæ locus est, si res OBSCURA sit. *Obscurum* hic est, quod elucidari aliunde nullo modo potest, quod omni alia verisimilitudine destitutum est: unde conjectura voluntatis educi possit: Obscurum contra non est, si aliqua aliunde voluntatis conjectura duci possit: Quare recte omnino DD. hanc regulam *subsidiariam* vocant, quod etiam ostendit diserte. *l. 34. infr. h. t.* Igitur si ex propria sorte vocabuli alicujus significatione conjectura testatoris voluntatis duci possit, huic R. locus non est, quia nec revera obscurum est, *l. qui lancem 31. D. de auro*: *l. si is qui ducenta, D. de reb. dub. l. etiam 43. D. de usufr. l. nomen 169. §. 1. D. de V. S.* Item si ex qualitate legati vel legatarii, *l. ult. de aliment. leg. l. Stichus, D. de legat. 1. l. 20. §. 1. l. antepenult. & ult. D. de annuis l. 38. §. Seja, D. de auro leg. l. 20. 179. infr. h. t.* Rursum, si ex rei legata natura, vel ejus cui legatum conditione, quo pertinet *l. 21. infr. h. t.* Quarto, si ex affectione conjectura duci possit, *l. 168. §. 1. infr. h. t.* Denique in obscuris inspici prius solet quod verisimilius est, pro frequentia quoque regionis, *d. l. 34. h. t.*

Et hæc quidem in testamentariis dispositionibus & legatis: sane & in contractibus nonnullis quoque eadem ratione non sequimur minimum, ut in dotis constitutione, *l. 60. 69. §. gener a socero D. de jure dot.* quia & ibi verisimilitudo quædam adsistit, *d. l. 69. §. gener. l. 3. C. de dot. promiss.*

Ratio autem qua hæc R. nititur, si de Legatis quæratur, est favor debitoris, id est heredis, de quo favore *l. cum tempus 17. infr.* nempe, ut quam minime gravatus heres præsumatur, ut sublevetur potius quam oneretur, *l. unum ex familia, §. si rem, de leg. 2.*

De COMMODI *&* INCOMMODI *analogia, seu mixtura.*

X. PAULUS *libro tertio ad Sabinum.*

Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.

DE Analogia seu Æquabili commodorum & incommodorum mixtura, est hæc Sabini vel Pauli R. quæ secunda est e Sabinianeis in tractatu *Legatorum* stantibus: Nempe si quæratur, quemnam commoda rei percipere æquum sit, illud spectandum utique, quis onera rei sustineat. Est igitur argumentatio topica a contrario, & quidem in specie hac ab æquabilitate contrarii, quam naturalis æquitas commendat: *secundum naturam est*, inquit lex, id est, secundum naturalem rationem: contrariorum scil. eadem est disciplina, eadem natura.

Igitur ubi onus, ibi & commodum ejusdem rei esse oportet; seu commodum ab onere regulatur, *hac l. & l. 73. in princ. infr.* quæ hujus R. filia est, ut Accursius ait, puta in unitis, annexis & complexis, quæ videlicet eandem rem respiciunt, ut docet *l. unic. §. pro secundo 4. C. de caduc. tollend.* & vice versa ad quem commodum per-

pertinet, ad eundem rerro & onns ſpectat, & onus a commodo regulatur, quo pertinet *l.* 149. *infr. h. tit.* ubi dicendi locus erit. Quamquam lex illa pertinet ad commoda & incommoda; non ex eadem re, ſed per eandem perſonam, pariter ut *l.* 133. *infr. h. t.* in alia ſpecie:

Cæterum latiſſime ſeſe diffundit hæc regula per varios juris articulos; per contractus, ut docet §. *cum autem*, *Inſtit. de emptio. l. id quod* 7. *D. de pericul. & comm. rei vendit. l.* 1. *C. eod. tit. l.* 29. §. 2. *D. pro ſocio*, §. *illud expeditum*, *Inſtit. de ſocietate*, *l. ult.* §. *pen. C. de furt.* per tutelas, *d. l.* 73. *in princ. infr. hoc tit.* per rerum adquiſitiones, §. *riparum*, *Inſt. de R. D. l.* 1. §. *ult. D. de aqu. pluv. arcend. l.* 2. *C. de alluv.* in cauſis teſtamentariis & ſucceſsionum, *l.* 1. *D. de bon. poſſeſſ. l.* 15. *de collat. bon. l.* 7. §. 1. *l. agri* 18. *de uſufr. l.* 69. *eod. tit.*

Et vero tandem ad *uſusfructus legatum* pertinere mihi quoque hæc Reg. videtur, pariter, ut *lex* 12. *infr. ex eod. lib. deſumpta*, atque adeo conjungenda cum *d. l. agri* 18. *D. de uſufruct.* quæ ex eodem Pauli lib. 3. ad Sabin. deſumpta eſt: quo libro (& primo quidem e duobus circa legatorum mareriam occupatis) de uſusfructus & uſus legato actum complures leges oſtendunt. Inde ſpecies hæc vulgaris figuretur. Uſusfructus agri mihi legatus eſt? Sane in locum demortuarum arborum alias ſubmittere, ſubſtituere, adſerere cogor: vel gregis uſusfructus mihi legatus eſt? Alia capita in locum defunctorum ſubmittere cogor: Sed quid fiet de prioribus ſeu demortuis arboribus vel capitibus? Sane poſt ſubſtitutionem aliorum mea fructuarii fiunt, *dict. l.* 18. *& d. l.* 69. nec ea res lucro proprietarii cedit: Nam ſicut ſubſtituta capita ſtatim fiunt proprietarii, ita quoque priora ejus eſſe deſinunt; *ex natura fructus*, inquit Pomponius *d. l.* 69. quæ ex quinto Pomponii libro ad Sabinum, concordante huic Pauli libro terrio, unde hæc regula noſtra deſumpta eſt. *Ex natura fructus:* haud aliter atque hic dicitur, *ſecundum naturam id eſſe*, id eſt ſecundum naturalem rei rationem ſeu æquabilitatem, ut incommoda compenſatione mitigentur. Vel finge ſpeciem in agro, cujus uſusfructus legatus eſt, facto fluminis ſive aucto, ſive imminuto: nempe ſicut poſteriore caſu fructuarius, imminuti vexatique a flumine fundi incommodo adficitur, ita & aucti commodo potiri eum æquum eſt. Quam alioquin ferme ſpeciem ponunt Græci, & in his Theodorus Hermopolites, in fundo empto: cujus commodum & incommodum fluminis facto ad emptorem pertinet. Et hanc quidem, vel ſimilem certe, ſpeciem in materia legatorum hic poni oportet. Non vero cum Ræuardo in tutelis, *arg. l.* 7. *D. de teſtam. tutel.* quæ ex eodem alioquin libro deſumpta dicitur: Nam & ea ipſa lex eo tantum reſpicit, ut differentia conſtituatur inter tutelam & legatum: Nempe legatum ab herede proficiſcitur: Tutela vero a teſtatore protinus. Ac ut in rebus hæc R. obtinet, ita & in perſonis eadem æquitas: ut in converſa regula. Nam ex qua perſona quis lucrum capit, ejus quoque factum præſtare debet, *d. l.* 149. *infr. hoc tit.* Porro ut dixi in unitis, & connexis, quæ eandem rem reſpiciunt, hæc regula obtinet. *Cujuſque* rei, ait lex, pariter ut contraria regula *l. unic.* §. 4. *C. de caduc. toll.* at non in iis quæ ex alio fonte procedunt.

DE

DE DOMINII in alium translatione.

XI. POMPONIUS libro quinto ad Sabinum.

Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.

AD *rei Nostræ* in alium *Translationem*, quid requiratur, quid attendatur, quæritur? Et vero hac regula (quæ tertia est e Sabinianeis in materia legatorum stantibus) definitur, id spectandum unum & unice, utrum *Factum* aliquod domini intercesserit? *Factum*, inquam, aliquod: Neque enim hac lege id quæritur, quodnam seu quale factum ad translationem dominii requiratur (quæ alia jam est quæstio & specialior ab hac regula aliena) quando videlicet nudus consensus sufficiat, quando vero mancipatio, traditio insuper requiratur, & ut loquuntur, actus meri facti & naturalis. Certum est enim nonnulla nudis pactis & conventionibus non transferri, sed traditionem insuper requiri, *l. traditionibus, C. de pactis: l. 67. supr. de V. S.* Non hoc, inquam, hic quæritur aut definitur, quod censuit etiam P. Faber, verum id definitur tantum, ad translationem dominii nunquam non factum aliquod, quodcunque tandem illud sit, unde consensus argui possit, requiri: Domini scilicet ipsius; ait enim lex generaliter, *Facto nostro*. Id, inquam, hic definitur, ut ita scilicet excludatur factum alienum, de quo est *lex 74. infr. h. tit.* ubi dicitur, *non debere alteri per alterum iniquam conditionem inferri*. Ergo factum in hac regula dicitur, quodcunque tandem illud sit, ex quo voluntatis conjectura ducitur, quoque secundum cujusque actus naturam, res ad alium transferri potest: nam & factum etiam nudo animo & consensui tribuitur *l. 48. §. 1. D. de adquir. rer. domin.* Quod cum ita sit, etiam delictum in committendo hac *facti* appellatione comprehendi potest; etsi delicto bona in fiscum committuntur potius quam transferuntur. Sane ita *l. 155. in princ. infr.* factum pro delicto accipiendum est; *Factum cuique suum non adversario nocere debet*. Eodem sensu accipiendum *l. 138. §. 1. l. 149. 168. §. 1. infr. hoc tit.* Ita Græcis ἔργα βροτῶν *Opera mortalium* pro *malefactis*, ut in veteri inscriptione Herodis Attici *vers. 2.* Catullus in carmine de nuptiis Pelei & Thetidis,

Quare facta virum multantes vindice pœna
Eumenides:

Quinimo & *Non-factum* hac regula comprehendi potest: Nonfactum, id est, ut loquuntur, mediante negligentia, ut docet §: *Inst. de nup. & l. 1. D. de usucap. l. 28. de V. S.* Ideoque & non facto nostro id quod nostrum est ad alium transfertur.

Ait lex, NOSTRUM. Cum *nostrum*, seu *rem nostram* dicimus, non modo propriam rem, id est, pleno & perpetuo dominii jure nostram intelligimus, verum etiam minus proprie, etsi non pleno jure dominii, verum jure usufructus nostram (nam & dominium usufructus est) & obligationis jure tantum nostram, *l. 30. §. 1. D. ad SC. Trebell. l. 99. sup. de V. S.* Imo & quod in spe aliqua radicatum est, jam propemodum nostrum est: Nam & hæc omnia sine facto nostro ad alium transferri non possunt.

Rursum ait lex, *Id quod nostrum est transferri*, id est, dominium rei nostræ, rem ipsam nostram: aliud enim in possessione nuda quæ nobis a fure intercipitur, *l. 2. §. si rem,*

rem, *l.* 15. *D. de adquir. possess.* Ideoque possessio sine facto nostro auferri potest, *l.* 47. *D. d. tit.*

Denique ait lex, *non posse*, id est, nulla quacunque tandem ratione posse, non debere, quo sensu hæc formula in his regulis effertur.

Hæc cum ita sint, *Species*, hujus legis indaganda venit. Et vero propria hæc constituenda est in *usufructu* (qui testamento seu legato potissimum constitui solet) quæ species quoque fuit superioris regulæ. Est enim ea lex desumpta ex eod. lib. 5. Pomponii ad Sabinum, qui quidem primus est e tribus Pomponii libris circa legata occupatis. Nempe JC. eo libro inter alia tractaverat de usufructu, ut apparet ex *l.* 10. 19. 28. 69. 73. *D. de usuf. l.* 2. *de pec. leg. l.* 2. *de adim. leg. l.* 69. *ad l. Falc.* & ex iis quæ ex eodem lib. 5. memorat Ulpianus *l.* 12. §. 2. *D. de usufr. & l.* 14. §. 2. *D. de ussic. & hab.* & de modis amittendi ususfructus, ut apparet ex *l.* 6. 14. *quib. mod. usufr. amitt.* Cæterum notum est, amitti usumfructum consumptione, seu interitu rei in qua ususfructus consistit: amitti etiam morte usufructuarii; quibus duobus casibus & modis non tamen transfertur ususfructus, quam finitur. Atenim amitti proprie *translatione*, quæ citra factum fructuarii obtingere non potest, puta maxima & media capitis diminutione: item non utendo per modum & tempus: nam quotiescunque id fit, id est hoc non facto fructuarii, ususfructus ad alium, i. proprietarium transfertur. Ex hac jam sola specie apparet, quod dicebam, *nostrum* hac lege dici etiam id quod jure ususfructus nostrum est: Item *facti nostri* appellatione venire non factum & non usum: *Transferendi* denique appellatione intelligi quoque ususfructus regressum & consolidationem.

¶ Hæc cum ita sint, apparet inanes esse plerasque, quæ adversus hanc regulam moventur, objectiones. Nam quod per procuratorem vel arbitrum communi dividundo, item per adjudicationem, pignoris distractionem a creditore factam, usucapionem, id quod nostrum est, ad alium transferri dicitur; id sane ipsum sine aliquo facto nostro non fit, quia hæc ipsa non sine aliquo consensu nostro, sive expresso, sive tacito, vel præsumpto fiunt: sic ut factum semper aliquod nostrum intercedere credatur: e. g. in usucapione: nam ejus qui usucapi patitur, factum aliquod videtur, *l.* 28. *D. de V. S.*

Rursum non obstat, quod per tutorem, curatorem, executorem, res nostra in alium transfertur; quod alluvione id quod nostrum est ad alium transfertur, §. *preterea*, *Inst. de R. D.* Item quod Princeps id quod nostrum est, ad alium quandoque transferre possit, *l.* 15. *D. de R. V. l.* 11. *de evictione.* Item quod dicitur, rem fisco cum privato communem in solidum fiscum vendere posse, *l.* 2. *C. de commun. rer. alien. l. un. C. de vendit. rer. fiscal. cum priv. commun.* Rursum, quod dicitur, communi servo ab uno ex dominis manumisso alterum dominum partem suam vendere cogit, *l.* 1. *C. de commun. serv. manum. &* §. *ult. Inst. de donat.* Tum & quod dicitur, ad coemptionem specierum & σιτωνίαν privatos adigi. Hæc, inquam, omnia, & si quæ singularia similia afferri possunt plura, hanc regulam nostram non labefactant. Nam, ut antea dictum est, quod ea desinitur, *sine facto nostro, ad alium transferri rem nostram non posse*, id ad exclusionem & ἀντιδιαστολὴν *distinctionem* facti alieni *privati* respicit, non etiam factum naturæ ipsius, aut favorem aliquem singularem, aut publicam utilitatem (cui privatam cedere nil mirum est) excludit. Quanquam neque his omnibus ferme casibus res

nostra ad alium transfertur, quin ejus vice & alia quodammodo manu aliquid rependatur, ut apparet in venditione rei communis a fisco, in manumissione servi communis, in vendicatione rei nostræ a Principe: denique apparet in alluvionis commodo, ubi & negligentia, & sic non factum domini ripam suam non munientis plectitur.

Ex his omnibus jam patet, speciem a Cujacio ad hanc legem non recte apponi, argum. *l. vel inutilium 69. de usufructu*, in submissione pecorum, quam fructuarius facere tenetur, quæ si non fiat, non submissa fructuarii manere: in specie enim hujus legis, ut omittam alia, præsupponitur aliquod factum domini circa rem suam voluntarium, non vero ex lege quadam necessarium.

DE INTERPRETATIONE Testamentorum.

XII. PAULUS libro tertio ad Sabinum.

In Testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. *

* Passivo significatu, pro interpretatione accipiunt: nam hoc verbum commune esse docet Gellius *lib. 15. cap. 13.* vid. & Brissonii πάρεργα parerga *pag. 397.* Nisi malis legere *interpretamur*, ut sup. *l. 9. sequimur*. Et ita Basil. ἑρμηνεύομεν interpretamur

TESTAMENTI seu ultimæ voluntatis interpretatio quænam facienda sit, pleniorne an strictior, quæritur. Non quidem (quod unum ex hujus regulæ arcanis est) obscuræ voluntatis (quo sane spectabat proxime *l. 9. infr. h. t.* quæ alioquin huic obstare videatur) verum certæ & indubitatæ & nuncupatis verbis expressæ, ut proinde hæc regula ad verborum expressorum, non vero obscurorum interpretationem omnino pertineat? Et hac regula (quæ quarta jam e Sabinianeis regula est) ad *legatorum* materiam spectantibus traditur, defunctorum voluntates, quamlibet certas scilicet, apertis verbis testamento expressas, plenius tamen adhuc esse interpretandas.

Ait lex, *in Testamentis*, item ait, *voluntates testantium*, id est quacunque parte testamenti voluntatem suam expresserit testator: item sive de heredis institutione agatur, sive de substitutione, sive de Legatis, sive de Codicillis: nam hæc omnia *testamenti* appellatione veniunt, & testamentis continentur, seu ex testamento proficiscuntur, ut loquitur *l. 200. infr. l. 2. §. 1. D. quemadm. testam. aper. §. ante heredis 34. Inst. de legat. l. 21. §. 1. D. qui testam. fac. poss.* Ac nominatim hanc regulam *in Legatis* obtinere ut aliæ species complures ostendunt, & argumentum quod eo lib. 3. Paulus executus est, & unde pariter desumpta est *lex 10. sup.* ita ea ipsa species, cujus occasione hanc R. Jurisconsultus procul dubio concinnavit, seu commentatus est, commonstrat.

Ait lex, *plenius*. Voce equidem relativa seu comparativa, sed non comparata ad contractus (quod tamen post Accursium vulgus Interpretum hic censet: unde Brocardicum etiam illud enatum. *In contractibus plene, in testamentis plenius, in beneficiis plenissime* voluntates interpretandas esse. *cap. cum dilecti, in fin. ext. de donat.*) Verum *plenius* hic dicitur *κατ' ἀντιδιαστολὴν ad differentiam explicandam*, relative ad stri-

ctam

ctam interpretationem, vel etiam quod a Testatore nominatim scriptum, lingua nuncupatum & expressum; proinde *plenius*, id est pinguius, laxius, æquius, uberius, liberalius, ex bono & æquo, benignius, hoc est, non tamen stricte (ut ait lex *plenum* 12. §. *sed si pecoris*, *D. de usu & habit.*) non anguste, non avare: quomodo etiam suo saltem sensu Bartolus hic legit vel accepit: Sic enim & verbo *plenius* Jurisconsulti utuntur, *l.* 53. *de contrah. empt. l.* 2. §. *pervenisse*, *de heredit. vend. l.* 1. §. *hac actio D. si quis testam. lib.* Denique hoc vult hæc regula, testantium voluntari favendum & indulgendum liberalius esse, quam ferat scripti strictique ratio. Quod alterum est hujus reg. arcanum.

Quomodo autem *plenius?* Nempe interpretatione extrinsecus extra testamentum assumptam, ex bono & æquo, ut docet *l.* 16. *D. de condit. & demonst.* probabili videlicet aliqua seu verisimili & favorabili conjectura, licet verbis non ad plenum expressa, licet stricto jure tenitente. Non itaque, ut a significatione verbi & expressi omnino recedatur, *l.* 7. §. 2. *D. de supellect. leg.* (neque enim hæc interpretatio pleniot fotet, sed interpolatio & corruptio, *l.* 69. §. 1. *D. de leg.* 3.) sed ut ex præsumpta testatoris voluntate latius ea accipiatur. Quare *dict. l.* 69. §. 1. Modestinus alia in re elegantem hanc regulam huic geminam germanam tradidit, *In causa testamentorum, non ad definitionem utique descendendum esse.* Non *utique*, id est non omnino, non semper, non perpetuo, non ita mordicus, quin aliquando scilicet adsumpta extrinsecus conjectura extra testamentum voluntates testantium interpretemur. Et rationem hanc ipse in ea sp. reddit, *Quod testatores plerunque abusive loquantur, nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur*: *plenius* itaque tandem, hic est stricti juris, & secundum id expressi & nuncupati verbique ampliatione quadam favorabili, probabili, sive materiam ultimarum voluntatum spectes, sive objectum: cujus rei exempla in institutionibus & substitutionibus suppeditat *lex Gallus*, §. 6. *D. de liber. & posthum. l. filii appellatio*, *l. liberorum*, §. *sed &*, *D. de V. S. l. placet* 4. *cum l. seq. D. de liber. & postum.* Suppeditat in Legatis, hæc Regula.

Propria nempe ut dixi hujusce legis, ex eodem libro desumptæ, unde & *l.* 10. *sup.* species pertinet ad legatum *usus*, ac proinde (conjuncta *l.* 5. 9. 15. *D. de usu & habitat.* quæ omnes ex eodem Pauli libro desumptæ sunt) hæc species familiaris sepositis nunc aliis constituatur; Usus domus relictus est alicui testamento, viro vel mulieri, quæritur, cum usus jus strictum & personalissimum sit, utrum ita stricte præfracte intra legatarii personam usus hic coarctandus sit ut non usuarius & alias quasdam sibi personas adsciscere possit? Et legibus illis definitur, posse nurum, socerum, ne de aliis dicam, sibi adsciscere; posse virum & uxorem, & vice versa: posse hospitem, posse & clientem. Ratio ejus rei non alia quærenda est, quam ab hac reg. quod, ut maxime personalissimus sit usus, & strictum ejus jus, attamen plenius hoc legatum interpretandum sit, ex bono & æquo: quia scilicet non videtur testator usu legato charitates & affectus divellere, diffuere voluisse, quibus in promiscuo cæteroquin cætetarum rerum usus est, *d. l.* 9. *D. de usu & l.* 6. *D. de servitut. leg.* Addatur & altera species ex *d. l.* 15. Imo addatur (quod Accursius hic recte divinavit) & species *l. plenum* 12. §. 1. *de usu.* quæ desumpta est ex lib. Ulpiani 17. ad Sabinum (huic concordante) ubi hæc verba notentur, *Aliquo largius cum usuario agendum*. Ait Ulpianus *aliquo largius*,

id est plenius, ut hac l. dicitur. Item illa cum maxime notentur §. 2. (quæ huic R. omnino respondent.) *Neque enim*, inquit J Ctus, *tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum:* dixit Ulpianus *non tam stricte*, quod Paulus hic dixit *plenius*. Ergo maneat, hunc esse R. istius sensum, verba testantium quamlibet non obscura, sed aperta, secundum jus strictum aliqua tamen ampliativa interpretatione plenius accipienda esse.

Sic corruit jam non unus interpretum ad hanc legem error, sive rationem, sive latitudinem, sive finem, sive speciem legis intueare. 1. *Ratio*, inquam, non hæc hujus l. est quod publice intersit, ultima Judicia exitum sortiri: Neque enim hæc lex ad substantiam voluntatis pertinet, ut ita testamentum aliquod alioquin ruiturum, favorabili aliqua interpretatione sustineatur: Verum eo, ut aperta & legitima testatoris secundum jus strictum voluntas pleniorem ex probabili conjectura interpretationem adsequatur. 2. In *latitudine* hujus regulæ etiam peccant, cum hanc legem ad successiones coarctant, quæ ad quascunque voluntates testantium pertinet, nullo successionis aut legati discrimine: imo, ut jam vidimus, hypothesis hujus regulæ versatur in *Legatis*. 3. Tertio peccant, cum inter testamenta & contractus *discrimen* hac lege indicari putant. 4. Tandem errant in inanibus speciebus ad hanc regulam coacervandis, quæ vel falsæ sunt, vel ad rem nihil faciunt, quod Cujacius per undecim species adversus Glossam diligenter exequutus est.

Superest videamus, quonam fundamento plenior hæc interpretatio nitatur (deficientibus videlicet aliis conjecturis, nam & hæc regula subsidiaria est.) Nempe, fundamento æquitatis, affectionis & pietatis & ad vitanda ominosa & inhonesta, ut *l. 50. §. 3. D. de leg. 1.* ubi conjecturarum fontes quamplurimi referantur, & in his, charitas & necessitudo: Item *l. 28. §. Titius D. de liberat. legat.* ubi hæc verba observentur: *Præsumptio propter naturalem affectum facit omnia patri vestro concessa*: Item *l. 14. §. 1. D. de aliment. legat.* ubi & hæc verba occurrunt, *Pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc observandum non est incivile*. Tandem *lex 72. in princ. & §. 1. D. de cond. & demon.* ubi & hæc verba: *Non enim voto matris opponi tam ominosa interpretatio debuit:* & mox, *Fuit periculosum ac triste libertum conjunctum patroni liberis eorundem mortem expectare*. Neque omittatur (etsi ad substantiam testamenti jam pertinens) ratio *l. cum avus*, *D. de cond. & demon. l. cum acutissimi*, *C. de fideicommissis*.

His ita clare positis, ex his quoque apparet de inani labore Interpretum acriter discrepantium, utrum hæc regula quoque in legatis & fideicommissis locum obtineat, de quo prolixe alioquin Mantica, *de conject. ult. vol. lib. 7. tit. 1. a num. 14. ad fin. tit.* Cui supersedere potuissent, si vel hoc arcano instructi scivissent, proprie hanc regulam de legatis conceptam fuisse.

CE-

CEPISSE quis videatur : & de vi EXCEPTIONIS.

XIII. ULPIANUS libro nonodecimo ad Sabinum.

Non videtur cepisse *, *qui per exceptionem a petitione removetur*.

* Legatum scilicet.

CEPISSE rem aliquam, veluti ex testamento, quis dici possit, ut vel jure aliquo alio ideo excludatur, vel de illa disponere possit, quæritur. Ad hanc quæstionem ita in effectu hac regula (quæ quinta est e Sabinianeis ad legatorum materiem pertinentibus) respondetur, id ex eventu & effectu judicari oportere: Cui eandem in sententiam concordant sex præterea hujus tituli regulæ, puta *l.* 51. de hoc ipso Capiendi verbo: & in commune *l.* 112. 115. §. 1. 139. §. 1. 167. *in princ.* 190. *infr. h. t.* His adde & *l.* 71. 140. *de V. S.* quæ & ipsæ sunt de Capiendi verbo (nam quod his Cujacius & Hottomannus quoque annumerabant *legem* 15. 66. *infr.* erroneum est.) Neque tamen ideo quia de *capiendi* verbo hic agitur, hæc regula fugitiva est, uti videri nonnullis solet, & superiori titulo magis convenire, cum *capiendi* vocem interpretetur: cui etiam similes aliæ eo tit. occurrunt de *capiendi* verbo, id est, quid proprie *cepisse*, quis dicatur, nempe *d. l.* 71. *& l.* 140. Nam & in regularum censu hæc recte stat, ut ferme definitio verbi in rei definitionem facile migrat. Ad ipsam regulæ sententiam descendamus; & primo quidem concordantes in summam illi hoc titulo leges unam in lineam conjiciamus, nempe ita quoque 1. *d. l.* 51. *& d. l.* 71. dicitur, non videri quenquam capere quod ei necesse est alii restituere. 2. Ita *d. l.* 112. dicitur, nihil interesse ipso jure quis actionem habeat, an per exceptionem infirmetur. 3. Ita *d. l.* 115. §. 1. *ait.* Non posse videri accepisse, qui stipulatus potest exceptione submoveri. 4. Ita *d. l.* 139. definitur. Non videri perfecte cujusquam id esse, quod ex casu auferri potest. 5. Ita *dict. l.* 167. scribitur. Non videri data, quæ eo tempore, quo dantur, accipientis non fiunt. 6. Postremo, ita asseritur *d. l.* 190. Quod evincitur in bonis non esse. Ex quibus omnibus hoc generale *ἀξίωμα axioma* conficimus: Quod exceptione aliqua elidi, *h. l. & l.* 112. *l.* 115. *infr.* quod aliquo casu auferri, *l.* 139. quod evinci potest; *l.* 190. quod restitui necesse est, *l.* 51. *& d. l.* 71. ea nec accepta, nec acquisita videri. Quorum omnium, ut singulares species sunt & hypotheses (quas singulas locis suis apponemus) ita unico fundamento nituntur omnes, nempe quod ut verba cum effectu sunt accipienda, ita nominatim *capiendi* verbum cum effectu accipiendum sit. *h. l. & l.* 51. *infr. & l. aliud.* 71. *de V. S.* atque adeo non capere, & non duraturum quid, vel inutiliter capere, paria sunt, Rursum ut singulares & varii per alios juris articulos istius Regulæ effectus sunt; ita hæc lex peculiariter spectat ad *legati* perceptionem seu adquisitionem.

Nondum tamen genuina species & vis hujus regulæ in aperto locata est. Tres certe apponi possunt. Prima hæc sit (quam & Glossa quarto loco apposuit.) Qui legatum ex testamento CEPIT, de inofficioso amplius dicere non potest, *l.* 10.

10. §. 1. *D. de inoffic. testam. & aliis similibus.* Nunc finge; Ego a patre exheredatus, legatum, eodem testamento mihi relictum, petii: verum a legati petitione per exceptionem remotus seu summotus fui: puta quia idem legatum codicillis mihi ademptum forte a testatore patre fuerat: Quæritur, num ad querelam inofficiosi redire possim? Id quod negandum videbatur, quandoquidem semel legatum agnovissem, agendoque testamentum comprobassem: atque adeo id *cepisse* quantum in me, viderer. Attamen contra, *l.* 12. §. 2. *de inoffic. testam.* affirmatur; nempe, SUMMOTUM me a legati petitione, repetere posse inofficiosi querelam: Non ea tantum ratione quæ ibi redditur, quia hoc casu sit aliquid quod vitio testatoris imputetur, ut merito filius repellendus non sit; verum etiam, quia verbum *capiendi* cum effectu accipiendum sit, *d. l.* 71. *D. de V. S.* & sic non videtur cepisse legatum, qui cum id petiisset, per exceptionem a petitione remotus fuit, *h. l.* Quare & Marcellus pariter PERCIPIENDI hac in re verbo usus est, *d. l.* 10. §. 1. *Illud notissimum est, eum qui legatum PERCEPERIT, non recte de inofficioso testamento dicturum:* quod ipsum & de *perveniendi* verbo definitur *d. l.* 21.

Alia species apponi potest in legatis *in diem*, de quibus hoc libro, qui quintus est circa legatorum materiam, egisse Ulpianum ostendit exinde *l.* 30. *de legat.* 1. *l.* 4. *D. quando dies legat. l.* 20. *D. ad SCtum Trebell. l.* 13. *D. de V. O.* de quibus etiam egit Pomponius *lib.* 5. ad Sabinum, & quidem *l. prox.* 14. *infr.* Et quidem species bifariam in legatis in diem poni potest. Primo respectu transmissionis in heredem, argum. *d. l.* 4. *& d. l.* 20. quæ ex eodem libro sunt. Finge mihi legatum in diem, & ante diei eventum testatum me in antecessum, die existente velle me legatum acceptare? Sane non ideo legatum transmittam, quia id cepisse non videor, cujus dies aut conditio non extitit: a cujus videlicet petitione per exceptionem removerer. Secunda species in legatis in diem poni potest ratione potestatis seu juris idem legatum relegandi, argum. *l.* 28. *D. de legat.* 1. *l.* 2. *D. de pact. dotal. l.* 1. *D. de dot. prælег.* quæ ex eodem libro sunt. Eadem specie retenta, finge legatum mihi in diem? Sane id alii relegare ipse non possum, si dies me vivo non extiterit; quia non videor cepisse seu adquisivisse id a cujus petitione per exceptionem removerer: Sicut vice versa non videtur debere, qui creditorem per exceptionem a petitione removere potest, & ideo (quæ sententia est *d. l.* 28. *D. de legat.* 1. quæ ex eodem libro desumpta huic conjungenda est) potest & debitor creditori suo utiliter relegare quod debet, si videlicet adversus eum tutus sit exceptione; quia creditor non est qui exceptione perpetua submoveri potest, *l. creditor* 55. *D. de V. S.* Ut contra creditor debitori qui se exceptione perpetua tueri potest, quod sibi debet legando, nihil agit, *l. si creditor* 13. *D. de lib. leg.* quod ipsum definitur *l.* 13. *in fin &* 14. *D. de lib. leg.* Uno verbo igitur, legatum is demum cepisse creditur, qui actionem habet efficacem ad id consequendum: non cepisse vero qui a petitione per exceptionem quamcumque removeri potest, *d. l.* 4. *D. quand. dies legat. & arg. l.* 5. §. 8. *D. de reb. eor. qui sub tutela.* Et ideo id relegare, id transmittere in heredem non possum. Ergo ut ad generalem hujus R. & *d. l.* 51. *infr. & d. l.* 71. *de V. S.* de *capiendi* verbo sententiam redeamus, *capiendi* verbum cum effectu accipiendum est. Et tamen obstare videtur, maxime *d. l.* 140. *de V. S.* ubi dicitur cepisse quem intelligi, quamvis alii adquisit: ve-

verum de eo ad *l.* 51. *infr.* Postremo notandum, aliam esse rationem verbi accipiendi: ut diserte JCtus *l. aliud est* 71. *de V. S.* Accipere enim est si quis accepit, ut non habeat.

De DIE non adjecto in obligatione.

XIV. POMPONIUS libro quinto ad Sabinum.

In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, præsenti die debetur.

DE die seu *tempore non adjecto in obligatione* rei alicujus præstandæ quæstio est, quo die, quo tempore quidque præstari debeat, aut præstari voluisse, vel testatores, vel contrahentes censeantur, si dies adjectus nominatim præstationi non fuerit? Et definitur hac regula (quæ sexta est e Sabinianeis ad *Legata* pertinentibus, quæ etiam totidem pene verbis repetita extat ex Ulpiani *lib.* 50. ad Sabinum, *in l. eum qui Kalendis* 41. §. 1. *D. de V. O.*) In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, præsenti die deberi, id est, debitorem conventum non posse excipere, adversum se præmature agi.

Ait lex, *In omnibus obligationibus*, id est in obligationibus non modo quæ ex contractu seu conventione partium descendunt ut *dict. l.* 41. §. 1. verum & quæ ex mandato testatoris oriuntur: Quare & testator, si quid heredem præstare jusserit, die non adjecto, præsenti die præstare cogitur. Et vero JCtus Pomponius hanc regulam concinnavit (vel potius ex Sabino traduxit) hoc *libro* 5. ad Sabinum, qui primus est e tribus ad legatorum materiam pertinentibus, unde quoque desumpta est *lex* 11. *sup.* & quo inter alia tractavit *De legatis*, sub die apposita, vel sine die, ut docent ex eodem libro *lex* 12. *&* 14. *D. de V. O.* quæ proinde huic conjungendæ sunt: Et vero ita rem se habere in *legatis* docet insuper *l.* 1. *D. de condit. & demonst. l.* 21. *D. quando dies legat. l. omnia* 32. *l.* 43. §. 2. *D. de leg.* 2. *l.* 3. §. 3. *D. de usur.* Hinc interim apparet, *obligationis* appellatione venire quoque eam quæ oritur ex mandato, & præcepto testatoris, quo heredem suum ad quid faciendum obligat, pariter ut *l.* 182. *in h. tit.* Eademque ratione & ad obligationem legalem trahi id potest: Nam & ita apud Senecam *lib.* 3. *Controv.* 5. *In lege*, inquit, *non est scriptum quando: Imo statim: quoties enim tempus non adjicitur, præsens intelligitur.*

Inquiet aliquis (quæ prima objectio est.) In obscuris ut minimum & benignius sequi nos oportere, *l.* 9. *sup. h. t.* Item pro debitore conjecturam faciendam esse, & sic pro herede tempus interpretandum esse, *l.* 17. *hoc. tit.* Responsio parata est ad *d. l.* 9. In obscuris id ita esse, atenim ubi res certa est, puræ locutionis puram esse intentionem, id est eum qui diem præstationi non adjecit, præsenti utique die præstari velle. Ad *d. l.* 17. respondendum est, temporis conjecturam faciendam esse pro herede, ubi tempus adjectum est, quia non alio fine adjectum est, quam ut heredi laxamentum spatiumque daretur: Quare diem, si velit, anticipare potest, seu ante diem solvere. Si vero tempus adjectum non sit, contra heredem conjectura facienda est, quia ideo testator tempus non adjecit, quod sine temporis laxamento, & sic pure legatum præstari voluit.

Uni-

Unica tantum (ut *Secundæ* objectioni occurratur) eaque generalis non tam exceptio quam limitatio addenda est, puta si circumstantiæ aliæ diem trahant ducantque, id est si vi ipsa & ex re ipsa tempus aliquod tacite insit, *l.* 186. *inf. hoc tit.* ubi plura: *l.* 24. *D. de oper. libert. l.* 1. *D. de cond. & dem. l.* 14. 41. §. 1. 73. 84. 137. §. 2. & 3. *D. de V. O. l.* 24. §. *Imperator*, *D. de statulib. l. si testam.* 49. §. *ult. D. de fidejussorib. l.* 1. §. 23. *D. de legat.* 3. puta, si locus præstationi adjectus necessario tractum aliquem temporis requirat: Item si qualitas rei præstandæ diem longiorem desideret, veluti domus ædificandæ, quam speciem tractat hoc ipso libro Pomponius *d. l.* 14. *de V. O.* & futurorum præstandorum. Si contractus natura diem requirat, ut est constituta pecunia, *l.* 21. §. 1. *D. de constit. pecun.*

Rursum (quæ tertia quoque alias objectio movetur) & hoc temperamentum illæsa regula addendum est, quamlibet præsenti die res debeatur, nataque sit non tantum obligatio, sed & actio, & sic statim solvi res debeat, utpote quod dies venerit: attamen modicum aliquod temporis laxamentum adhuc debitori tribuendum; neque enim cum sacco debitor ambulare debet, *l.* 105. *D. de solut.* (cui conjungenda & *l.* 1. §. 8. *D. ad leg. falcid.* ibi, *cum aliquo spatio*) §. *ult. Instit. de inutil. stipulat.* Denique non audimus militem apud Plautum, qui cum ei aurum promissum esset pure, *Hodie*, inquit, *exigam aurum hoc*.

ACTIO ad rem, pro re ipsa.

XIV. PAULUS libro quarto ad Sabinum.

Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.

QUID in *Bonis* nostris, Quid *habere* nos, dici possimus, Quid NOSTRUM dici possit, quoque adeo tanquam SUO quis uti possit, quo tanquam nostro usi videamur, quæritur? Et respondentur hac regula (quæ septima est e Sabinianeis ad legata pertinentibus) non illud tantum spectandum esse, utrum rem ipsam in præsens habeamus, id est rei ipsi revera incumbamus, verum etiam utrum actionem efficacem saltem, seu jus ad rem habeamus: Nempe fictio hæc seu æstimatio inter alias juris est, ut res & jus ad rem, seu actio ad rem consequendam, paria habeantur & exæquentur. Denique habetur, & in bonis nostris est, quod peti potest: cui concordat lex *rem in bonis* 52. *D. de adquir. rer. domin. lex bonorum* 49. *l. meorum*, *l.* 143. *supr. de V. S.* ut vice versa liberatio & exceptio pari juris fictione seu æstimatione pro eodem censentur. *l.* 66. *infr. h. t.* & pari ratione rem & actionem amisisse paria sunt, *l. Labeo* 14. *sup. de V. S.* Et concordat alioquin huic legi præterea *l.* 15. §. *quod autem*, *D. ad l. Falcid. l.* 16. §. *ult. D. de petit. heredit.*

Ait autem regula nostra, *Is qui habet actionem ad rem recuperandam*. Nempe, cum in omni actionum genere hæc regula locum obtineat, specialiter ea obtinet in *rei vindicatione*, & in eo actionum genere, quo res rescindi restitui petitur, & recuperandæ possessionis judicium intentatur, veluti ad pignoris repetitionem, *l.* 73. §. 2. *D. de leg.* 3. ad rem locatam recuperandam, *l.* 39. *D. locati*. Si interdictum recuperan-

randæ possessionis intentetur, *l.* 1. §. 2. *D. de vi & vi arm.* Si restitutio in integrum petatur, *l.* 17. *D. de adquir. possess.* Nam quod Ferrarius, aliique, hanc regulam restringunt ad interdictum unde vi recuperatorium, vocem *recuperandi* ea in re propriam in id urgentes: non vero ad judicium recuperatorium seu rei vendicationem, inane est: *Recuperandi* enim verbo hic, ut alias, omnis ratio recipiendæ rei suæ continetur. Denique, si quæratur de eo quod quis legare possit, quo pertinet hæc regula proprie, ad *legata*, inquam, quod Glossa divinare non potuit, de quibus hoc altero quarto ad Sabinum, egit Paulus; ac nominatim ad speciem legis *eadem* 72. *D. de legat.* 3. ::ut recte Ravardus, quæ ex hoc ipso libro desumpta, huic coaslanda est, pariter ut & tres leges proxime præcedentes vel sequentes, puta *l.* 71. 73. 74. quæ & ipsæ concordantibus Ulpiani & Pomponii libris sunt. In his tribus legibus, quæritur, si quis *suum* aliquid forte Titio legaverit, veluti *suos servos*, *fundos suos*, quidnam eo legato contineatur? Et definitur, legato *suorum*, etiam eos comprehendi, recteque peti a Titio legatario, quos testator pignori vel hypothecæ dedit. Cujus ratio non alia quærenda est, quam quæ hac regula continetur, & a JCto Paulo ad eam quæstionem procul dubio reddita fuerat; nempe quod is debitor actionem habet ad rem suam, pignori scilic. datam, *recuperandam*. Quæ causa etiam est, cur rem suam fisco obligatam vindicare quis, alienare, servitutemque ei imponere possit, *l.* 203. *infr.* Ergo pertinet hæc regula eo, ut definiatur, quid SUUM cujusque dici possit, atque adeo ab eo legari: pariter, ut lex prox. *infr.* ubi dicam, eodem spectat.

Ex his apparet, hanc regul. eo pertinere, ut definiatur, cujus rei dominus quis dici possit, ut de ea quoque disponere queat, quocunque tandem dispositionis genere, ac nominatim ultima voluntate. Hic enim dominii effectus est: Itaque nil obstat jam lex 25. *infr. h. t.* ubi dicitur *Plus cautionis esse in re quam in persona*: item *l.* 204. *infr. h. t.* ubi dicitur, *Minus esse actionem habere quam rem*. Istud enim non ratione dominii, atque adeo non respectu juris disponendi dicitur, sed propter commodum possessionis & retentionis; item propter securitatem creditoris, ut ad eas leges ostendetur. Quo sane pertinet quod dicitur, melius esse pignori incumbere quam in rem agere, *l. sciendum* 15. §. 4. *D. qui satisd. cog. l. peculii* §. *si are* 5. *D. de pecul.* §. *si res aliena*, *Inst. de legat.* §. *retinendæ*, *Inst. de interdic*. Uno verbo, minus est actionem habere quam rem, si commodum possessionis retentionisque spectes: sed non minus est, si dominium spectes dominiique effectus, quo hanc regulam pertinere ostendi. Atque ita interim hæc regula cum *d. l.* 204. concilianda est, in quibus alioquin conciliandis multi necquicquam laborant. Inter alia inanis est plerorumque conciliatio, qui ajunt, *videri* quidem idem esse, habere actionem atque rem, sed non revera aut perpetuo: verbum enim *videtur* in *hac l.* eo quidem spectat, ut indicetur, fictione, æstimatione juris, id ita effici, ut *res* & *actio in rem* pari jure censeantur, *πλασμως ficte* at non ideo, quasi hæc regula fallax sit, neque vera semper aut perpetua: *videri* enim hic idem est, quod jure censeri, æstimari, existimari, credi, intelligi, haberi, ut & aliis 23. reg. hujus tituli: puta *l.* 13. *sup. l.* 48. 51. 55. 63. 82. 83. 93. 95. 110. §. 1. 115. *in pr.* & §. 1. *l.* 116. §. 2. 118. 121. 139. §. 1. 145. 155. §. 1. 167. *in princ.* & §. 1. 174. *in princ.* 177. §. 1. 187. 201. *inf.* v. & in hac ipsa re *d. l.* 49. *de V. S. l.* 55. *de jure dot. l.* 12. *de adq. poss.* & infinitas alias.

Pro quo alibi eodem sensu dicitur, *intelligi*: ut *l.* 80. 88. 110. §. 2. 194. 203. *infr.* *& d. l. rem in bonis*: credi, *l.* 4. *supr. l.* 17. 60. 189. *infr.* accipi, *l.* 207. Ergo æterna est hujus regulæ authoritas, neque ullo satis casu vitiatur, si modo dominium, eosque qui inde sequuntur effectus, spectes. Ex superioribus etiam apparet, quam nihil commune habeat hæc regula cum *l.* 13. *sup.* quam tamen utramque etiam Cujacius eadem fidelia dealbandam ceu similes credidit. Ut & quam male trahatur ea (quod tamen nuper factum) ad pecuniam mutuariam: quasi id hinc efficiatur, creditorem non videri amisisse pecuniam creditam, atque ideo non alienasse, quandoquidem ad pecuniam creditam recuperandam æquam scilicet in suo genere habet: & sic mutuum non esse alienationis speciem; Pertinet enim hæc regula ad causam seu quæstionem dominii, ad eum finem, ut sciatur nihilominus rem nostram esse, etsi ei non incumbamus, sed actionem tantum ad eam *ipsam* in specie recuperandam habeamus.

De IMAGINARIA *venditione.*

XV. ULPIANUS *libro vicesimoprimo ad Sabinum.*

Imaginaria venditio non est, pretio accedente.

IMAGINARIA *venditio*, *εικονικη πρασις*, quænam dicenda sit quæritur: ac nominatim, utrum imaginaria venditio sit, ubi de pretio conventum est, at non & numeratum acceptumve. Hæc enim quæstio est, quæ hic vertitur? Et vero id negatur hac regula, quæ octava est e Sabinianeis ad Legata pertinentibus: Id igitur hic significatur, ad substantiam & perfectionem venditionis sufficere ut pretium accesserit, id est ut de pretio convenerit: quoniam emptionis substantia consistit in pretio; quod etiam confirmat *l. quod sæpe*, *l.* 35. §. 5. *& l. pacta* 72. *D. de contrah. empt.* Non etiam ad substantiam ejus requiri, pretii conventi, secutam numerationem, seu ut secuta fuerit pretii numeratio; pariter ut rei venditæ traditio non requiritur, etsi sit de consequentiis & cæteris venditionis, ut vocantur *l.* 5. *D. de action. empti. l.* 13. §. 5. *D. jurejur. l.* 5. §. *eadem*, *D. de reb. cor. qui sub tut.* Simulac scilicet de pretio convenit, perfecta venditio est, non imaginaria.

Imaginaria venditio, cum in genere sit ficta, simulata venditio dicis causa facta, *εικονικη*, *imaginaria*, alio atque alio tamen respectu ea dicitur: Inter alia, *Personali* respectu, puta si alia persona supposita interveniat, *l.* 49. *D. de act. empt. l.* 21. *C. de transact. l.* 1. *C. de distract. pign. Reali*, ratione pretii, puta cum de pretio non convenit, id est si adumbrato pretio, & sic uno nummo: quomodo & conductio uno nummo, *l. si quis* 10. *in fin. D. de adquir. poss.* & apud Vitruvium *lib.* 1. *cap.* 4. dupondio dicis causa interveniente venditio processit: unde & *d. l. si quis* 10. *in fin. D. de adquir. possess.* opponitur *conductio in uno nummo*, *& conductio in vero pretio*. Hæc porro imaginariæ venditionis species JCtorum ingeniis adinventa, ut cæteroquin rei explicandæ, seu expediendæ gratia olim jure solenni sæpe interponebatur, ut in ususfructus restitutione *l.* 66. *D. de jure dot.* in emancipationibus, §. 1. *Instit. quib. mod. patr. pot. solv. l. ult. C. de emancip.* in testamentis, Ulpianus *in frag. tit. de testam. ordin.* in nu-

nuptiis: Ita extra hos caſus jure probatos receptos imaginariæ venditiones in fraudem legum ſæpe excogitatæ, uſurpatæ, ut in ſpecie *l. emptor 12. D. de aquæ & aq. pluv. arcend. l. 1. §. 6. D. de quæſtion. l. ult. C. de donat.* atque ideo ruebant, ceu venditionis deficiente ſubſtantia: Nuda ſcilicet & imaginaria venditio pro non facta eſt, & ideo nec alienatio ejus rei intelligitur, *l. nuda 55. D. de contrah. empt.* & contractus imaginarii etiam in emptionibus juris vinculum non obtinent, cum fides facti ſimulatur, non intercedente veritate, *l. 54. D. de O. & A.* Et hæc quidem de imaginariis revera venditionibus. Atenim imaginariam hujuſmodi venditionem Ulpianus non ait eſſe pretio accedente. Addit Gloſſa, etiam minore.

Hujus porro R. effectus, (ut ad genuinam ſpeciem ejus nunc deſcendamus) hic inter alios eſt, ut pretio ſemel convento etſi non numerato accepto, vel re nondum tradita, eadem res ab emptore, venditori etiam ipſi utiliter legari poſſit: ab *emptore*, inquam, tanquam ſua, non aliena: *venditori*, non tanquam ejus adhuc, neque ei res ſua legata videtur, quæ ſpecies huic Reg. aptanda venit ex *l. cum ſervus 39. §. 2. D. de legat. 1.* quæ huic conjungenda eſt, ceu ex eodem Ulpiani *libro* 21. ad Sabinum, qui ſeptimus eſt ad legatorum materiam pertinentibus, deſumpta. Quare & ſi res ita venditori ab emptore legata fuerit, remanente re penes venditorem, pretii conventi petitio nihilominus ei competet, & ſic legatarius pretium habebit ex conventione ſeu venditione, rem vero ipſam ex teſtamento.

Tandem igitur in hac R. non hoc quæritur, utrum imaginaria aliqua venditio valeat nec ne: Item non quæritur, utrum imaginaria venditio dicatur, prætextu vilioris pretii, quod nonnulli cenſent, ſed utrum in ſpecie quam tractabat Ulpianus, ESSET, id eſt, verteretur aliqua imaginaria venditio nec ne, ubi videlicet tantum conventum fuiſſet de pretio: *Imaginaria venditio non EST*, inquit, *pretio accedente.* Definit ſcilicet in ea, non eſſe, non verſari imaginariam venditionem; utpote quod imaginaria venditio æſtimetur exinde, ſi pretium non *acceſſerit*, id eſt, ſi de eo non fuerit conventum, non vero exinde ſi illud quod conventum eſt, nondum ſolutum acceptum fuerit. *Accedente* igitur pretio, id eſt convento non ſoluto, ut recte Gloſſ. in ſecunda ſpecie. Breviter omiſſa pretii conventio venditionem facit imaginariam, at non etiam non vel nondum ſubſecuta numeratio. Atque hoc ipſum eſt, quod cavetur *l. empti 9. Cod. de contrah. empt.* empti fidem ac venditi ſine quantitate nullam eſſe: placito autem pretio non numerato, ſed ſolum tradita poſſeſſione, iſtiuſmodi contractum non haberi irritum: nec idcirco eum qui comparavit, minus recte poſſidere, quod ſoluta ſumma, quam dari convenerat, negatur. Hæc cum ita ſint, apparet, hanc regul. vel ſaltem ſcopum ejus a paucis Interpretum minus intellectum: a Græcis, & in his a Theodoro Hermopolita in totum non intellectam hanc regulam: tum in eo quod de imaginaria venditione hic agi putat, quæ ad velandum alium contractum adhibetur: tum, quod & ipſa Baſilica & Harmenopulus ita hanc regul. efferunt, quaſi *pretium ſolutum* dicatur, *καταβαλλομενου τιμηματος και ακολουθως επακολουθησει και η του τιμηματος καταβολη ſoluto pretio & congrue conſequetur pretii ſolutio*. Deinde hinc apparet, hanc regulam pertinere ad eandem quæſtionem, quo ſuperior regula: quænam ſcilicet res SUA alcujus dici poſſit, atque adeo legari. Nempe, ut utramque in unam lineam conjiciam: SUAM quis dicere poteſt, atque

 adeo

adeo velut ſuam legare, & eam ad quam recuperandam quis actionem habet; quæ ſententia eſt ſuperioris regulæ: & eum quam quis ſemel emit, pretio condicto convento, etſi numeratum id non vel nondum ſit, acceptumve, *h. l.* Turbide proinde ſeu minus penſe hanc regulam ita quidam efferunt, quaſi ea dicatur, *cum pretium acceptum eſt*, non eſſe imaginariam venditionem. Imo dic, *cum pretium conventum eſt*.

TEMPUS obligationi adjectum, cujus gratia adjectum videatur.

XVII. IDEM (Ulpianus) libro viceſimo tertio ad Sabinum.

Cum tempus in teſtamento adjicitur, credendum eſt, pro herede adjectum, niſi alia mens fuerit teſtatoris: ſicut in ſtipulationibus, promiſſoris gratia tempus adjicitur.

DE *Tempore adjecto præſtationi legati*, utrum id legatarii gratia, an vero heredis contemplatu additum credi oporteat, ſeu videatur, quæritur? Et definitur hac regula (quæ nona eſt e Sabinianeis ad legata ſpectantibus) pro herede, tanquam pro debitore, faciendam eſſe regulariter ſeu ordinarie temporis adjecti conjecturam (pariter ut quantitatis, *l. 9. inf. hoc tit.*) ac ſpeciatim in legatis *in diem*: nempe (quæ comparatio hac parte hac regula inſtituitur) ut in ſtipulationibus, ita & in teſtamentis tempus ſeu dies ſolutioni præſtitutus pro debitore & ſic pro herede & promiſſore adjectus creditur: cui concordat & *l. 50. D. de O. & A. l. eum qui* 41. §. 1. *in fin. l.* 137. §. 2. *in fin. de V. O. l. quod certa* 70. *D. de ſolut.*

Cujus regul. & præſumptionis ſeu conjecturæ uti multiplex uſus eſt, ita & hæc noſtra ſpeciatim pertinet ad tractatum de *Annuis* legatis: eo quippe pertinere hanc legem oſtendit *l.* 10. 12. *uſque ad* §. 7. *D. quand. dies legat.* cui hæc jungenda eſt una cum *l.* 49. *D. de leg.* 1. velut ex *eod.* Ulp. *lib.* 23. ad Sabin deſumpta, qui quidem nonus eſt ex undecim circa legatorum materiam occupatis: & hic quidem Liber inter alia circa *Annua legata*: ubi ſane quandoque legatario quandoque heredi teſtatorem conſultum voluiſſe diſcimus ex *d. l.* 12. §. 4. cui concordat & *lex* 15. *de annuis legatis*. Sed ſæpe controvertitur, cujus gratia annuum vel quotannis, vel poſt annos aliquot, vel cum certam ætatem attigerit, compleverit, legatum relictum fuerit, ad multiplicem effectum: de quo vide *d. l.* 12. §. 4. & *d. l.* 49. §. 2. 3. & *l.* 15. *D. de ann. leg. l.* 43. §. *Pegaſus* 2. & *l. cum pater* 77. §. 14. *D. de leg.* 2. v. & *l.* 3. §. *cum Pollidius* 3. *D. de uſuris*. Quo caſu ad voluntatem teſtatoris recurrendum eſt *d. l.* 12. §. 4. ſeu ad mentem, *hac l.* Ordinarie igitur ſeu præſumptive huic reg. locus eſt, quod verbo, *credendum eſt*, indicatur. Nam aliquando mens teſtatoris alia eſſe poteſt: ut hac ipſa regula expreſſe dicitur, vel propter loci adjecti rationem, ſic ut pro Legatario præſumptio ſit: Quod & in ſtipulationibus obtinet, *l. qui Romæ* 122. *D. de V. O. l. 9. D. de eo quod cert. loc. l.* 10. §. 1. *D de fidej.* Vel ex perſonæ qualitate, vel etiam adjuncta ratione, ut in ſpecie *legis eum qui* 15. *D. de annuis leg. l.* 3. §. *cum Pollidius*, *D. de uſur. l.* 43. §. *Pegaſus* 2. *D. de legat.* 2. puta ſi teſtator diem addidit propter ſequiorem legatarii perſonam, quod rem familiarem tueri minus poſſit: Nam hoc caſu, v. g. ſi heres perdituro ante diem reſtituerit, nullo modo liberatur: addenda & *l.* 66. *D. de ſolution. l.* 4. §. 4.

D. de

D. de doli mal. except. Extra hos casus, & similes, debitor, veluti heres, invito legatario & creditori debitum ante diem obtrudere potest, & eo recusante pecuniam deponere & consignare, *l.* 3. *§. quod si, D. de statuliber. l.* 38. *§. inter, D. de V. O. l.* 70. *D. de solut.*

Generale igitur tandem axioma conficiatur, debitorem tuto ante diem solvere, ubi modus veluti dies solutionis ejus gratia additus est, & quidem tuto ante diem, quod Bartolus recte prodidit, Cujacius vero negavit; adversus quem vide quæ Donellus *ad leg. eum qui Kal. §. quoties, de V. O.* Addamus & hanc speciem practicabilem, tuto solvere emptorem sponte sua pecuniam antiquiori venditoris creditori, etsi conventum fuisset ab emptore pretium solutum iri antiquiori creditori, quem sibi indicasset venditor: Quia & hæc conventio emptoris gratia addita fuit, proinde securus fuerit emptor, si antiquiori creditori per se *αυτοματος sponte* solverit, etsi non indicante venditore.

De ADQUISITIONE Legatorum parentibus & dominis per filiosfam. & servos.

XVIII. POMPONIUS libro sexto ad Sabinum.

Quæ legata [1] mortuis nobis ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem [2] casu, adquirimus: Aliter atque quod stipulati sumus; nam & sub conditione stipulantes omni modo eis adquirimus, etiam si liberatis nobis potestate domini conditio existat.

1 Puta scil. non conditionalia, vel in diem certum. 2 mortuis scil. nobis.

SERVIS relicta legata quænam dominis jure protestatis per eos adquirantur iisque solvi debeant, quæritur? Et hac regula, quæ decima est e Sabinianeis ad legata pertinentibus (cui & concordant duæ aliæ præterea *hoc tit.* puta *l.* 144. *§. 1. & l.* 146. *inf.*) quæque difficillima nonnullis videtur, definitur, Ea demum legata dominis per servos adquiri, quæ ad heredes quoque transmittuntur.

Continetur igitur hac regula comparatio seu argumentum a Transmissione legati in heredem, ad adquisitionem jure potestatis: Rursum, argumentum ab heredibus, ad dominos: Uti contra, posteriore hujus legis parte continetur differentia inter legata & stipulationes.

Quæ omnia ut intelligantur, tenendum est, legata pura inque diem certum, mortuo legatario, ad heredes legatarii transferri; contra, legata sub conditione vel in diem incertum relicta, moriente legatario ante conditionis vel diei eventum, ad heredes non transmitti, seu non transire: de quo juxta innumeros alios textus est ejusdem Pomponii lex *hujusmodi* 13. *D. quando dies legatorum*, quæ ex eodem libro 6. ad Sabinum desumpta, huic coassanda est. Par ratio est adquisitionis jure patriæ vel dominicæ potestatis: Nam si in potestate aliena posito in diem certum aliquid legatum fuerit, legatario ante diei adventum vel moriente vel potestate liberato, nihilominus ei, cujus in potestate erat, legati tempore; legatum adquiritur & solvi debet. Vice versa, si in potestate aliena posito, sub conditione vel in diem incertum aliquid legatum fuerit, &

& ante eventum conditionis vel diei mortuus fuerit legatarius, vel potestate liberatus; legatum ei in cujus potestate erat legati tempore, non adquiritur. Differentiæ istius ratio est, quia in legatis in diem certum causa præcessit, id est, statim ut legatum est, deberi cœpit, ut docet *dict. l. 13. D. quando dies legator.* (quæ huic, ut dixi, conjungenda est, velut ex eodem Pomponii libro 6. ad Sabinum desumpta, qui & ipse liber secundus est e tribus circa legatorum materiam occupatis) Atenim legatum relictum sub conditione vel in diem incertum, non statim, sed tum demum, cum conditio aut dies extiterit, deberi incipit, neque dies ejus statim cedit: *l. 41. D. de condit. & demonst. l. 26. D. de stipul. serv.* Uno verbo, quod in diem certum legatum est, id ex testamento jam debetur, dies ejus jam cessit, præstatio seu solutio tantum differtur, eo quod dies nondum venit: Atenim sub conditione vel in diem incertum relictum, ex eventu tantum conditionis debetur. Unde sequitur, ei acquiri solvique oportere legatum conditionale, seu in diem incertum, in cujus potestate est legatarius tempore conditionis vel diei existentis: quod etiam testatur Ulpianus *l. 14. in fin. D. quando dies legat.* quæ conjungenda est cum l. prox. seq.

Et in eo jam differt (quæ differentia hic notatur) Stipulatio conditionalis a legato conditionali: Nam stipulationis quoque conditionalis commodum ei adquiritur, qui stipulationis tempore stipulatorem in potestate habebat, *§. ex conditionali, Inst. de V. O.* In stipulationibus quippe (quæ differentiæ ratio & a veteribus & in his Accursio & Raphaele Cumano ad *l. si filiusf. am. D. de V. O.* jam demonstrata est) id tempus spectatur quo contrahimus, & quidem omni modo: Denique ex tempore præsenti vires accipit stipulatio conditionalis, hac *l. & d. l. 3. §. ex conditionali, Instit. de V. O. & l. 38. 78. D. de V. O.* (quæ in partem repetita extat *l. 144. §. 1. inf. h. t.*) *& l. ususfructus, D. de stipul. serv.* e quibus *d. l. 78.* ad hanc regulam, quod ejusdem argumenti esset, velut separatum caput, vel ut hujus pars, in vulgatis editionibus, adscripta est, cum a Florentina & Haloandrina absit (ut Anton. Augustin. *lib. 3. emend. cap. 1. pag. 147.* jam recte monuit.) cum inquam a Florentina, ut dixi, absit, eamque harum regularum series respuat.

Denique, stipulatio omnis ex præsenti consensu & contractu vinculum & nexum juris accipit, *d. l. 26. D. de stipul. serv. d. l. 38. 78. D. de V. O. §. 1. Instit. de stipul. serv.* At in legatis, quæ ex unius voluntate & destinatione pendent, non idem evenit, in quibus nullum juris vinculum contrahitur, nisi ex quo consensus induci potest; qui sane non inducitur, nisi ubi conditio aut dies extiterit; ac proinde in legatis spectatur tempus conditionis existentis, non autem testamenti aut mortis, *l. ususfructus, D. de stipul. serv.* Inde igitur fit, ut in stipulatione conditionali mutatio personæ non attendatur, quin potius eventus conditionis ad tempus stipulationis retrotrahatur, pariter ut in emptione, *l. 8. in princ. D. de peric. & comm. rei vend. l. 2. §. 3. D. de collat. bonor.* sive ponas stipulatorem patris potestate postea exiisse, quo casu nihilominus patri stipulationis commodum quæritur, *d. §. conditionali*: sive ponas decessisse, heredibus relictis: nam & his stipulationis quoque conditionalis suo die existentis commodum quæritur: quia & stipulationes interponimus, non tantum ut nobis consulamus, sed & posteris, *l. 9. D. de prob. et.*

Hinc etiam Legatum Conditionale, cum in alium transferri non possit, *d. l. 41. D. de*

de condit. & demonst. stipulatio transferri potest *l.* 17. *D. de hered. vel act. vend.* Hinc conditionalis legatarius, cum *creditor* dici non possit, *l. in fraudem* 27. *D. qui & a quib. manum. l.* 42. *de obl. & act.* stipulator conditionalis creditor est, *d. l.* 42. *D. de O. & A. l. creditores* 10. *D. de V. S.* & in possessionem mittitur custodiæ causa, *l.* 6. *in princ. D. ex quib. caus. in possess. eat.* quæ species aptanda est *d. legi* 144. §. *infr. h. t.* seu *d. l.* 78.

Hic ad ultimum monendum, hanc regulam proprie ad servos pertinere, seu de servis scriptam esse, ut apparet ex illis, *liberatis nobis potestate* DOMINI: sed tamen eadem ratio est filiifam. in potestate positi; de quo sunt aliæ leges: & quidem Pauli *d. lex* 78. *de V. O.* Quare ferendi non sunt, qui ut filiosfam. & servo hanc regulam communem reddant, vocem *domini* hic sollicitant, vel etiam expungunt, substituta, voce *demum*, etsi neque omnes in eo perseverent; Hotomannum intelligo *in obser.* & Antonium Fabrum 15. *Conj.* 7. *in fin.*

De Justa IGNORANTIA heredis.

XIX. ULPIANUS libro vicesimoquarto ad Sabinum.

Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus: Heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit *.

* Forte, *contrahat.*

DE justa *Ignorantia* est hæc regula, pariter ut *lex* 42. & 99. quibus accedant & aliæ duæ de justa ignorantia, puta *lex* 63. 77. §. 1. Et hæc quidem regula (quæ abest a Basilicorum editione) est de justa ignorantia *heredis*, a quo legatum relictum est in *solvendo* legato: & differentiam continet inter contrahentes ipsos, & inter heredes eorum, in argumento *solutionis* seu præstationis *legati*: est enim hæc undecima e Sabinianeis ad legata pertinentibus regula: Rursum, est ea de legato pariter ut superior R. relicto ei qui in aliena potestate est, & cui id solvi oporteat possitve.

Quæritur nempe hic, utrum legato *filiofamilias* relicto, possit heres, a quo legatum relictum est, tuto ei legatum *solvere*: an vero conditionem ejus explorare prius debeat, sic ut patri potius quam filio solvere necesse habeat: Denique, num ignorare possit sine fraude conditionem legatarii? Et vero id hac lege asseritur, in hac specie quam posuimus: & vero ponendam ostendunt, tum ipsa legis hujus verba, tum ea lex quæ huic jungenda venit, puta *l. si ususfructus* 14. §. 2. *D. quando dies legat.* seu ex eodem Ulpiani *libro* 24. ad Sabinum desumpta: ubi dicitur contra, si quis ita legaverit filiofamilias, ut *ipsi* solvatur, posse procedere legatum: nec imputari heredi cur non patri, sed filio potius solvat, finge enim hoc nominatim expressum *ita ut filio solvat*, certe si pater petat exceptione erit repellendus.

Ergo potest heres ignorare conditionem legatarii, filiusfam. sit nec ne, cum filius nominatus non est, vel dicitur, quæ Ulpiani *h. l.* sententia est: proposita insuper differentia, simul & ejus differentiæ ratione, inter contrahentem ipsum seu reum debendi ex contractu, & heredem testatoris reum debendi ex q. contractu; & sic inter contra-

tractum & quasi contractum? (Nam & q. contrahere heres aditione dicitur, *l. 3. §. ult. l. 4. D. ex quib. caus. in possess. eat. §. heres, Instit. de oblig. quæ ex quasi contract.*) Nempe eum, qui cum alio contrahit, vel esse, vel esse debere non ignarum conditionis ejus cum quo contrahit *h. l.* quod profecto in SCto Macedoniano cernitur, ubi creditor qui ignorans filiumfamilias quem esse, ei credidit, non excusatur, *l. penult. D. ad Macedon.* si videlicet scire potuit: Atenim id heredi non imputari potest si ignoret conditionem legatarii: *non potest*, i. nulla ratione hoc ei imputari potest debetve: quæ formula sæpe in his regulis hoc sensu effertur. Ratio differentiæ istius hæc indicatur, quod heres non sponte contrahat cum legatariis, non vere contrahat, sed quasi, *l. 5. §. 2. D. de obligat. & act.* id est, quod heres in legatarium potius incidat quam consentiat; ut alioquin dici quoque solet de communione & de tutela *l. defensor. D. de tutel. & rationib. l. ult. D. rem pupilli salv. fore*: ut proinde justam habeat ignorantiæ causam heres: sive de solutione *legatorum* agatur, & sic ut tutus sit solvendo, quo pertinet hæc lex: sive de pluris soluti condictione, quo spectat *l. 42. infr.* sive de solutionis detrectatione, quo pertinet l. 99. *infr.* At qui sponte contrahit, sane conditionem ejus cum quo contrahit, ignorare non potest, imo non debet, ut docet præterea *§. ult. Inst. de soc. l. 5. C. de furtis*.

Cæterum, ut objectionibus nunc occurram, caute hæc reg. accipienda est, de *conditione* videlicet, id est, de statu personæ: Id enim per conditionem hic intelligi oportet, pariter ut *l. in multis 9. de statu hom.* & quidem familiari, puta num legatarius filiusfamilias sit, an vero paterfamilias (id enim *conditionis* appellatione hic intelligendum est, etiam in *d. l. 9. D. de statu hom.* ubi *conditio deterior* dicitur feminarum, ut & *l. 32. in fin. D. de adqu. hered. Sed & si*, inquit, *de conditione testatoris incertus sit, paterfam. an filiusfam. sit: & l. 34. eod.* hinc & status conditionis *l. Gajus 12. D. de jure patr.*) quæ utique conditio in sensus seu oculos non incurrit. Item, utrum capax sit nec ne, jus capiendi habeat nec ne: Alia verò ratio fuerit, si pupillo legatum fuerit, vel si furioso aut prodigo, contra quam Bulgarus, qui ait heredem solventem legatum pupillo & furioso & prodigo quoque liberari: quod Cujacius recte observavit ad *h. l.* & 7. *Observ. 36.* Cujus rei vera hæc ratio est, quod & ætas pupillaris de facie facile dignoscitur, & furoris indicia certa sunt, & prodigo publice interdicitur, ut proinde nulla sit justa ignorantiæ causa. Minus apta Cujacii ratio, quod harum personarum favor tutelaque publica potior sit.

Vice versa (ut objectioni alteri occurramus) & qui cum alio contrahit conditionem alterius ignorare quandoque potest, citra fraudem: Veluti, si errore publico non privato erret, id est si filiusfamilias publice pro patrefamilias habeatur, *l. 3. in pr. D. ad SCtum Maced.* & sic scire non potuit *d. l. pen. d. t.* vel si militem, paganum credidit *l. si ignorans 50. D. locati*. Si locus aut tempus non admittat plenius deliberandi consilium, ut in specie legis *1. in princ. D. de exercit. actip.* Denique & si falsa specie deceptus sit, & ignorantia emptoris veniat ex dolo venditoris, ut in specie *legis 2. §. si a pupillo, D. pro emptore*: *l. 1. C. si min. se major dixer.* De quo omni prolixe Menochius *3. præsumpt.* 88. vide & Surdum *consil. 13. num.* 40.

Ab hujus interim regulæ intellectu alienum esse tractatum observandum est, de justa mulieris ignorantia, ut in specie *l. ult. D. qui pet. tutor.*

De

De EXCEPTIONE doli, cui non noceat.

§. Non solet, 1. Legis 19.

Non solet exceptio doli nocere his, quibus voluntas testatoris non refragatur.

IN eadem specie hic ponenda cum superiore hærere possumus; non tantum ex nexu hujus §. cum principio legis, verum suadente eadem illa *lege* 14. §. 2. *D. quando dies legat.* quæ ut superiori principio ita & *huic* §. aptanda coaslandaque venit.

Finge, Legatum a testatore *filiofamilias*? Sane, si pater interveniat, & heredi conditionem legatarii, id est filii sui ingerat seu repræsentet, sic ut eam ignorare jam heres non possit, patri ipsi legatum solvere tenetur: & si a parre monitus filio solverit, non recte solverit, quin doli exceptio ei nocebit, eaque exceptione proposita iterum solvere cogetur.

Et exceptionem tamen suppeditat, ut *hic* §. ita & *d. l.* 14. §. 2. pura nisi voluntas testatoris non refragetur, id est, si testator vel nominatim jusserit, ipsi filio solvi, vel tacita in id voluntas testatoris aliunde dignosci possit, *h. l.* & *d. l.* 14. §. 2. *Non solet*, quæ formula usurpatur quoque *l.* 58. 86. 94. *infr.* 111. §. 1. scilicet exceptio doli nocere his quibus voluntas testatoris non refragatur *h. l. & l.* 34. §. 1. *D. de auro & arg. leg. l.* 15. *D. de adimend. legat. l. cum alienam, C. eod.* Denique tutus est heres, qui quid ex voluntate testatoris agit: Ac nominatim qui legata ex ejus præscripto solvit. Imo contra si pater petat, exceptione erit repellendus *d.* §. 2. sicut e contra heres si quid ex testamento contra voluntatem agat, exceptione doli mali repelli SOLET, *l. apud* 4. §. *praterea* 10. *D. de doli except. l.* 28. *de donat. mort. causa*. Possit tamen hujus §. species non minus recte, imo melius forte, poni in tractatu de *Adimendis Legatis*, de quibus Ulpianus egit hoc ipso *libro* 24. ad Sabinum: ubi sane de voluntate testatoris passim quæritur, multaque doli exceptionis mentio fit, qua legatarius repellitur vel non, ex testatoris voluntate: veluti *l.* 3. §. 4. *&* §. *ult. D. de adim. legat.* (quæ ex eodem 24. *libro* desumpta est) *& l.* 15. 22. 30. §. 1. *eod. tit.* E quibus *l.* 22. dicitur, si probet legatarius novam voluntatem testatoris, non posse submoveri exceptione doli mali. Ex superioribus jam liquet, thematismos Græcorum ab hac regula plane alienos esse.

De Interpretatione Dubia LIBERTATIS.

XX. POMPONIUS libro septimo ad Sabinum.

Quotiens dubia interpretatio Libertatis est, secundum libertatem respondendum erit.

DE *Libertatis Obscurae Interpretatione* agitur hac regula, (cui in summam concordat *l.* 179. *inf. hoc tit.* qua dicitur, *In obscura voluntate manumittentis favendum esse libertati*: Ad aliquid etiam *l.* 122. *infr. eod.* qua dicitur, Libertatem omnibus rebus favorabiliorem esse) & definitur hac regula, favore libertatis, in dubio seu obscuro, secundum libertatem respondendum esse. Nam de aliis libertatis favoribus erit *lex* 106. *d. l.* 122. 176. §. 1. *inf. eod. tit.* Quid igitur? Hujus regulæ species proprie seu speciatim pertinet ad libertatem fideicommisso relictam: de qua Pomponius egit *lib.* 7. (qui tertius illi est de Legatis, ad Sabinum) ut fidem facit exinde *lex* 11. *de manum. test.*

test l. 44. *de fideic. lib.* quæ ex eodem libro desumptæ huic reg. conjungendæ sunt. Hujus porro R. exempla varia passim occurrunt in *l.* 14. *de leg.* 2. *l.* 10. §. 1. *D. de reb. dub. l. lege Junia* 24. *D. de manumiss. l.*14. *D. de manum. testam. l. cum inter veteres, D. de fideicomm. lib. l.* 36. 37. 38. *D. de re jud. &c.* suppeditat & *lex* 10. §. 1. *D. de manum. testam.* quæ desumpta est ex Pauli *lib.* 4. ad Sabinum, in quo Paulus idem argumentum executus est, quod Pomponius in partem *lib.* 7. unde hæc regula desumpta est.

Species hæc sit. Libertatem testamento adscripsi servo meo *Sticho*, id est, liberum eum esse testamenro jussi; eodem postea testamento servum hunc Stichum Titio legavi. Quæritur, an ideo statim libertatem Sticho adscriptam revocasse seu ademisse videar? Et definit ea lege Paulus, si in obscuro sit quid ego testator voluerim, & sic *si dubia interpretatio libertatis sit*, ut hac l. dicitur, tunc favorabilius responderi, liberum eum nihilominus fore. Ratio non alia quærenda est, quam ab hac regula nostra. Et hanc quidem hujus regulæ speciem prætulerim illi quam Græci, & in his quoque Theodorus Hermopolites ponebant. Testator scripsit, omnes servi mei liberi sunto: & post testamentum alios adquisivit? In re dubia omnes manumissos videri ajunt: quæ quidem species ad hanc regulam aptari non potest, quia hoc Pomponii tempore lex Furia Caninia obtinebat, quæ omnes servos testamenro manum tti vetabat. Præferam & alteri speciei, quam ponunt in testatore, qui pro Cratisto, Cratinum servum per errorem dixit. Et genuinam tamen hujus R. speciem ipse in *fideicommissaria* potissimum libertate posuerim, de qua Pomponium hoc *lib.* 7. egisse ostendi; cujusmodi certe species in fideicommissaria libertate tractantur in *l. si servus* 50. *D. de fideicom. liss. libert.* ubi pariter definitur, si mens testatoris sit in obscuro, libertatem prævalere. Et in *d. l. cum inter veteres, C. de fideicomm. libert.* ubi in priore aperte quoque Imperator *libertatis favore libertatem* in specie illius *l. firmitatem habere* censet: & in posteriore similiter plane ait: *cum in AMBIGUIS SENSIBUS melius sit, ac maxime in libertate, favore ejus humaniorem amplecti sententiam:* Ait in ambiguis sensibus: ut hic *quoties dubia interpretatio est*, ut *l.* 189. *infr. in obscura voluntate manumittentis.* Imo pariter in *d. l.* 10. §. 1. *de reb. dub.* in ambiguis rebus, & in *d. l.* 50. in obscuro.

Ait autem lex, *Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum LIBERTATEM esse respondendum*: id est, quoties alia ratio quædam, alia res minus favorabilis, veluti legatum cum libertate componitur, & pugnare videtur: Alioquin, ubi inter duos pluresve eandem libertatem in dubio vindicantes res est, tunc hæc reg. locus esse non potest: neque enim tum secundum libertatem respondetur, sed secundum unum ex iis qui ex æquo libertatem sibi vindicant. Finge, me Sticho libertatem testamento adscripsisse, cum plures eodem nomine servos haberem, atque ita non apparere de quo senserim; & sic omnes sibi libertatem vindicare: Quid juris? An omnes liberi erunt? Atqui unum *ρητῶς diserte* voluit esse liberum sub nomine proprio (aliud enim foret si sub nomine appellativo in casu *legis ult. C. de fideic. lib.*) An unus? Atquin duo hic obstant: Primo, favor qui utrinque versatur, libertatis: Quare utram in partem favor inclinet adversus libertatem alterius respondebitur; denique mutuo concursu sese impediunt, Secundo obstat voluntas testatoris; nam si quem liberum hic pronuntiemus, forte eum pronuntiemus quem testator liberum esse noluit: vice versa is servus manebit, quem forte liberum esse voluit: ergo nullus liber erit: Idemque juris est & in tutore testamen-

mento dato, *l.* 30. *D. de testam. tut.* Idem & in herede instituto, *l.* 62. §. 1. *D. de her. instit.* In favore scilicet æquali, in neutram partem recte inclinatur.

Adversus hæc postrema dices, in Legatis aliud obtinere, puta in obscuro, ut docet *l.* 29. 32. §. *pen. l.* 37. §. *ult. l.* 39. §. *ferio*, *D. de leg.* 1. *l.* 8. §. *sit inter*, *D. de legat.* 2. Verum ratio differentiæ hæc est, quia ut libertas, tutela, & heredis institutio ab ipsomet testatore proficiscuntur, qui mentem suam amplius aperire non potest: ita legata non a testatore, sed ab herede ipso proficiscuntur; & quia legata ab herede proficiscuntur, heres quem velit ex cognominibus legatariis eligere potest.

Porro sicut, cum dubia interpretatio libertatis est, id est, cum in obscuro est, quid testator voluerit, secundum libertatem respondendum est, ita pariter cum in obscuro est eventus conditionis sub qua libertas data est, ut in specie *l.* 10. §. 1. *D. de reb. dub.* & forte etiam *legis* 56. *infr. hoc tit.* De aliis libertatis favoribus alius dicendi locus erit.

Ait autem lex, *Respondendum erit*: Nempe hæc regula ponitur Responsis Prudentum: pariter ut duæ aliæ *l.* 85. *in princ.* & 168. *in princ.* neque eo minus Judicum quoque.



PARS V.

REGULARUM SABINIANEARUM,

DE

CAUSA STATUS.

LEX UNICA.

PLUS cui licet, & MINUS licet.

XXI. ULPIANUS libro vicesimo septimo ad Sabinum.

Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere.

ARGUMENTUM ab eo quod PLUS est, ad id quod minus est affirmativum, hac R. continetur: addita formula NON DEBET, pariter ut ea additur *l.* 38. 41. & 74. *inf. h. t.* non debeo *l.* 175. §. 1. qua indicatur æquitas R.: contra quam absurde aliter statueretur. Huic vero R. & argumento duæ præterea regulæ concordantes occurrunt, hoc titulo, puta *l.* 26. ubi dicitur, *Eum qui potest invitis alienare, multo magis & ignorantibus & absentibus potest*: *l.* 163. ubi definitur, *Cui jus est donandi, eidem & vendendi & concedendi jus esse*. In alio igitur atque alia specie, huic regulæ locus est; prout etiam PLUS & MINUS non una ratione dicuntur, quod docent Pauli *sentent. lib.* 1. *tit.* 10. §. 1. & *Instit.* §. 33. *de action.* Hæc nostra ut speciatim pertinet,

ad PLUS *tempore*, ita aptanda nominatim venit *legi* 3. §. *si ita* 15. *D. de statulib.* quæ ex hoc ipso libro 27. ad Sabinum Ulpiani desumpta est: Sic quidem, ut ad argumentum testamentariæ manumissionis pertineat, de quibus manumissionibus egit Ulpianus eo libro 27. ad Sabinum, cum in genere de Causis status ageret. Casus hic est: Libertatem adscripsi servo meo, *Si quinquennium heredi meo serviret:* heres meus non patitur aliquamdiu hunc sibi servire, ut sic explendæ conditioni integrum quinquennium serviat: Quæritur, utrum hoc quinquennio adhuc durante, mutato consilio heres pati possit eum sibi servire, id est, utrum possit servitutem reliqui temporis ab eo exigere, an vero quia semel noluit, amplius non possit? Quæ utique dubitandi ratio hic militare debere videbatur, quasi pœnitere non liceret, & ad residuum venire, quam tamen his verbis profligat JC. in *d. l.* 3. *Sed*, inquit, *vel minus potest*. Nempe hoc ipsum vult, quod procul dubio etiam subjecerat, & vero hac regula exprimitur, *Non debere, cui plus licebat, quod minus est non licere*. Potuit scilicet heres totius quinquennii servitium initio exigere (quod utique plus est) quare non liceat eidem vel residui temporis servitium exigere (quod minus est?) Ergo ut liber esse possit statuliber ille, tantum temporis transierit necesse est, per quod operarum quantitas consumatur, ut in simili dicitur *l. si peculium* 20. §. *quædam*, *sup. eod. tit. de statulib.* Neque huic regulæ quicquam obloquitur *lex* 7. *D. de optione legata*: Quia in ejus legis specie si ei cui plus licebat, hodie liceret quod minus est, in injuriam alterius id referretur, puta heredis, *qui jam disposuit familiam suam*, ut in ea lege dicitur: ac proinde res non amplius integra erat: Atenim in specie hujus regulæ res adhuc integra erat, alioquin si amplius integra res non esset, veluti si heres eum statim manumisisset, nullum servitium amplius exigere eb eo posset, ut *d.* §. 15. idem JC. definit.

Ex his interim omnibus apparet, plus & minus hac regula circa eandem rem versari, seu circa eundem actum, sed dividuum per tempora: non vero circa diversos & separatos actus, quorum unus major sit, alter minor: ubi & illud sæpe quæritur, utrum cui majus aliquid permittitur vel conceditur, id quod minus est concessum, commissumque quoque censeatur, ut in argumento jurisdictionis, de quo non est hæc lex, ubi locus non est huic regulæ: quod nemo jam nescit; v.g. Consul relegare non potuit, qui tamen gladio ferire jubere potuit, *l.* 14. *D. de interd. & rel.* Item apparet, hanc regulam proprie pertinere ad potestatem alicui factam a *testatore*, non vero ad licentiam per leges tributam. Tertio hinc patet, alienas esse ab hac regula *legem* 110. *in princ. l.* 137. 147. *infr. hoc tit.* quas tamen cum hac cumulant Interpretes nonnulli: neque enim iis continetur argumentum a majore facultate seu potestate ad minorem, verum agitur in iis de *vi* ejus quod plus est, de vi totius, de vi generalium: definiturque, in eo quod plus est, minus inesse, *d. l.* 110. *in princ.* in toto partem contineri *d. l.* 137. generalibus specialia inesse, *d. l.* 147. Quarto hinc quoque patet, alienas esse ab hac regula *legem* 37. 156. neque enim iis argumentum continetur ab eo quod plus est, ad id quod minus est: verum contra, a minus favorabili ad magis favorabile. Postremo notandum, Theophilum *tit. ex quibus causis manumittere*, §.7. non inepte hanc regulam aptare in eadem materia manumissionis, verum in alia specie: vide eum.

Tandem hinc apparet, septem fallentias quas hic Glossa cumulat, ad rem nequicquam pertinere.

PARS

PARS VI.

REGULARUM SABINIANEARUM, DE CONTRACTIBUS

Quo pertinent quinque Leges: puta lex 22. 23. 24. 25. 26.

De SERVI obligatione.

XXII. IDEM (Ulpianus) libro vicesimo octavo ad Sabinum,

In personam servilem nulla cadit obligatio.

DE SERVIS est hæc reg. pariter ut §. 1. *h. l.* de quibus extant quatuordecim in universum regulæ hoc titulo: puta *l.* 4. 18. *sup. hac reg.* §. 1. *h. l. l.* 23. 32. *in princ.* 77. ibi, *servi optio*, 107. 133. 146. 157. 175. *in princ.* 209. *ult.* Hæc nominatim est de servorum *obligatione*: primaque adeo hæc e libris Sabinianeis regula est, ad obligationes & contractus pertinentibus. Et sane, prima quoque semper, ut in aliis negotiis, ita & in obligationibus & contractibus quæstio seu visio incurrit, de *personis*, in quasnam videl. personas cadat civilis obligatio, & per consequens Actio. Qua in re *status* personæ ante omnia inspiciendus venit: ac nominatim, utrum is de quo, deque ejus obligatione, quæritur, personam aliquam in civitate gerat, & in ea caput censeatur, cum in eos demum cadat civilis obligatio (quod utique juris vinculum est) quos jus civile & civitas agnoscit, unde jam promptum est de servo judicium: Nempe cum jus civile in servum non cadat, *l.* 32. *infr. h. t. l.* 68. *D. de V. S.* Servi nullam juris communionem habeant, *l.* 7. *D. ad l. Cornel. de falsf. l.* 3. *Cod. de jur. delib.* Inde sequitur, neque civilem obligationem in servum cadere, quæ hujusce regulæ sententia est: cui concordat in eadem obligationis materia & *d. l.* 32. ut & in actionum argumento *lex* 107. *infr. hoc. tit.* Nam quod *Persona Servilis* hac l. dicitur, id improprie dicitur, sunt enim servi jure civili inspecto ἀπρόσωποι *persona destituti.*

Ait autem lex, *In personam servilem nullam cadere obligationem*, id est, sive activam sive passivam: Rursus ait lex, *nullam* obligationem cadere, id est quæcunque tandem illa civilis sit obligatio: nulla ergo, ut complectitur quodcunque genus obligationis civilis ex quocunque contractu, quæ scilicet efficax sit ad actionem producendam, atque adeo civilis: nam & sola civilis proprie *obligatio* dicitur, quia & sola vinculum juris continet: At improprie *obligatio* dicitur, quæ necessitate non adstringit, *l.* 16. §. 4. *D. de fidejussor.* puta obligatio naturalis, quæ utique in personam ser-

vi-

vilem cadit, sed nullam actionem producit; etsi hujusmodi obligatio naturalis pariat retentionem, seu exceptionem, & impediat condictionem, *l. naturaliter* 13. *D. de condict. indebit.* Item recipiat pignus, fidejussorem, compensationem, novationem, constitutum, *l.* 1. *D. de novat. l.* 1. §. *debitum*, *D. de constit. pec.* Denique naturalem obligationem leges nostræ, seu jus civile, pro nulla hactenus habent.

Iterum ait lex, *nullam* obligationem, ex contractu scilicet vel quasi: Eo quippe referri possit proprie species hujus regulæ, & quidem ad contractum emptionis & venditionis: quando libro 28. ad Sabinum Ulpianum egisse de contractu emptionis & venditionis liquet. Rursum ait, nullam cadere in servum obligationem: Nequidem ex jurejurando operarum: Nam ut *jurisjurandi* OBLIGATIO *contrahatur, libertum esse oportet qui juret, & libertatis causa jurare*: Denique, *jurare debet propter manumissionem ut* OBLIGETUR, ut totidem verbis scribit Ulpianus hoc ipso libro 28. ad Sabinum in *l.* 7. *in princ.* & §. 2. *D. de oper. libert.* cui jungenda & *lex* 33. *de jure jur.* Et hæc vero genuina hujusce regulæ species mihi videtur. Atenim (ut Enantiophano alteri occurramus) delictorum alia ratio est, quam differentiam exserte proponit idem Ulpianus *l. servi* 14. *de O. & A.* de quo plenius ad *l.* 157. *infra*.

Sic igitur liquet, hanc regulam, generalem licet prima facie, esse accipiendam nonnisi de *civili* obligatione, & quidem ex *contractu*; non de naturali aut criminali, quæ utique in servos cadunt: quod *Accursius* recte vidit, quicquid Conanus contra arguetur: ut & hic loculentum exemplum habeamus ejus, tum quod *l.* 1. *supr.* præmonitum est, Non ex regula jus sumi; sed ex jure QUOD est, regulam fieri oportere: tum etiam quam attente ponderandæ sint singulæ *voces* regularum, ut & sensus earum erui, illæque cum aliis componi possint: & hæc quidem cum *d. l.* 14. *de O. & A.*: quæ alioquin velut *ἐναντιοφανῆ inter se adversa videantur* committuntur.

De CONDITIONE collata in ARBITRIUM domini, &c.

§. Generaliter, 1. Legis 22.

Generaliter probandum est, ubicunque in bona fidei judiciis confertur in Arbitrium domini vel procuratoris ejus, conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.

DE conditione collata *in arbitrium alicujus* (domini videlic. vel procuratoris ejus) seu, ut Celsus loquitur *l.* 30. *D. de oper. libert.* de persona arbitrio substituta, est hæc regula secunda e Sabinianeis ad contractus pertinentibus: de qua conditione collata, inquam, in arbitrium alterius, sunt tres præterea hoc ipso libro 28. ad Sabinum leges: puta, *lex* 45. *D. de receptis qui arbitrium*, *lex hac venditio* 7. *de contrah. empt. lex* 17. *de V. O.* quæ omnes proinde huic regulæ coassandæ veniunt. Et quidem ad contractus bonæ fidei pertinet hæc regula: Ponamus nos speciem in *venditione conditionali*, seu conditione venditionis, in arbitrium alicujus collata: est siquidem, ut dixi modo, huic §. conjungenda inter alias ex eodem libro 28. ad Sabinum, *d. lex hac venditio* 7. *D. de contrah. empt.* cujus etiam eadem est omnino cum hac lege sententia,

tentia. Quam quidem recte Glossa hic in secunda specie allegat: mysterii tamen hujus conjungendarum legum ignara.

Species mox & quæstio hæc est: Venditus est a procuratore meo servus meus sub hac conditione, *Si rationes domini* (id est meo) *arbitrio computasset*: vel, venditus est a me domino servus meus ea conditione *si procuratoris mei arbitrio rationes computasset*: Quæritur, quodnam & quale arbitrium istud accipiendum sit: quod utique quæri plurimum interest. Nam si merum seu plenum in arbitrium meum, vel procuratoris mei, id collatum dicas, non erit venditio; me domino vel procuratore meo fastidioso, procuratore, inquam, rationes forte nunquam computaturo, vel nunquam probaturo (ut ferme procuratores fastidiosi, asperi esse solent in conservos suos ut vel Martialis testatur lib. 5. epigr. 62.

— Uxoris res agit, inquis,
Iste mea: sane cautus & asper homo est,
Procuratorem vultu qui præferat ipso,
Acrior hic Chius non erit Aufidius.)

Quid igitur? In *boni viri* arbitrium id collatum videtur, ut veteribus placuisse ait JC. *d. l.* 7. Quod & idem obtinet in operarum promissione, eaque jurata, qua quis promittit, *daturum se quot operas patronus arbitratus sit*. Nam & ibi (quod diserte ait Celsus, *d. l. si libertus* 30. *D. de oper. libert.*) non aliter ratum erit arbitrium patroni, quam si æquum is arbitratus sit; hac elegantissima ratione: *& fere ea mens est*, inquit Celsus, *personam arbitrio substituentium, ut quia sperent, eum recte arbitraturum, id faciant, non quia vel immodice obligari velint*. Et vero ad hanc quoque speciem hæc regula referri possit: quandoquidem, quod ad primam hujus legis regulam ostensum jam est, in eo quoque operarum obligationis seu promissionis argumento versatus est Ulpianus hoc libro 28. ad Sabinum.

Neque tantum id obtinet in contractu venditionis vel operarum promissione, verum & ubicunque in bonæ fidei judiciis, ut ait hæc lex, veluti in Locatione, ut docet *l. si in lege* 24. *in pr. D. locati*, ubi eleganter Paulus, *fidem bonam exigere, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit*: in Societate, *l.* 76. *cum* 4. *seqq. D. pro soc.* ubi diserte dicitur, si pravum ita sit arbitrium, ut manifesta ejus iniquitas appareat, corrigi id posse per judicium bonæ fidei: in Dote, *l.* 3. *C. de dot. promiss. l.* 69. *§. gener. D. de jure dot.* In his scilicet omnibus idem juris est: quo pertinere videri possint illa hujus regulæ *generaliter, ubicunque*: ac si diceret J Ctus, non tantum in contractu venditionis, aut operarum promissione, verum & in aliis omnibus bonæ fidei judiciis, arbitrii appellatione, non merum arbitrium, sed boni viri arbitrium exaudiendum esse, & ideo si manifeste iniquum sit, corrigendum. Ut autem a nobis tota hæc quæstio de contractu in arbitrium alterius collato, in bona luce collocetur, eam sequentibus sententiis absolvemus. Prima esto, de eo *quidnam* in alterius arbitrium conferri possit: *Substantiam* igitur, seu substantialia contractus posse in tertii alicujus arbitrium conferri docet *l.* 43. *§.* 7. *D. de legat.* 1. *l.* 25. *princ. D. locati*: *l.* 3. *§. quamquam, D. de fideicomm. libert. & alia complures*. Substantiam contractus, inquam, puta, si venditio conferatur in voluntatem tertii, veluti, *Res hac tibi empta esto, si Titius voluerit*: Item, si pretium in arbitrium alterius conferatur *l. ult. C. de contrah. empt.*

empt. In quo sane differunt testamenta a contractibus, saltem quoad heredis institutionem. Testamentorum enim jura ipsa per se firma esse oportet, non ex alieno pendere arbitrio, *l.* 32. *D. de hered. instit.* Etsi legatorum eadem ratio sit, quæ contractuum: legatum enim recte confertur in voluntatem alterius, *l.* 43. §. *legatum*, *D. de legat.* 1. idque pariter tanquam in arbitrium boni viri, *l.* 1. §. 1. *D. de legat.* 2. *l.* 11. §. *quamquam*, *l. si filia* 43. *D. de legat.* 3. *l.* 46. *de fideic. libert.* At substantia seu status contractus in ipsius debitoris contrahentis vel heredis voluntatem & arbitrium plenum conferri non potest, videlicet an debeatur *d. l.* 7. *D. de contrah.empt. & d. l.* 17. *D. de V. O.* (quæ duæ leges ex hoc eodem Ulpiani *libro* 28. ad Sabinum desumptæ huic regulæ conjungendæ sunt) *& l.* 108. §. 1. *eod. tit. l.* 13. *C. de contrah. empt. l.* 8. *D de obligat. d. l.* 46. *de fideic. lib.* Veluti *hæc res tibi empta esto*, *si volam*: nulla quippe obligatio est, quæ non adstringit contrahentes.

Secunda sententia: *Modus* seu *qualitas* contractus non tantum in tertii, verum etiam in ipsiusmet debitoris contrahentis, seu debitorem se constituentis vel heredis arbitrium conferri potest, *d. l.* 7. *de contrah. empt. l.* 6. 77. *D. pro socio*: *l.* 24. *D. locati*: *d. l.* 46. §. 4. *de fideic. libert. l.* 69. §. 4. *D. de jur. dot. l.* 3. *C. de dot. promiss. l.* 75. *in pr inc. de legat.* 1. *l.* 11. §. 6. *D. de leg.* 3. *l.* 30. *D. de oper. libert. l.* 46. §. 2. *D. de V. O.*

Et hæc quidem de duabus quæstionibus, *quidnam* videlicet & *in cujus* arbitrium in singulis contractibus conferri possit: Sequitur ea quæstio tertio loco (huic Reg. magis propria) *quodnam* & *quale* istud arbitrium habendum sit: Quod cum quæritur, duo quæruntur: Prius est, num *merum* arbitrium: i. sic, ut sive æquum, sive iniquum & pravum arbitrium sit, parere necesse sit (ut definit id Proculus *l.* 76. *D. pro socio*) an vero boni viri arbitrium, id est ab arbitrio boni viri qualificatum, hoc casu accipiendum sit? Posterior quæstio est, utrum hoc arbitrium egredi possit personam, in cujus arbitrium conditio collata est? sic ut alio adhuc arbitrante negotium sustineatur, an vero primo non arbitrante, veluti quod non vivente amplius, quod adesse non possit, quod rei arbitrari nolit (ut dicitur *l.* 6. *de cond. & demonstr.*) concidat. Et vero istud utrumque est, in quo olim bonæ fidei judicia a strictis differebant: Nempe quod priorem quæstionem attinet, in bonæ fidei judiciis generaliter arbitrium pro boni viri arbitrio habendum esse *h. l.* de quo sup. in strictis non item, veluti in compromisso *l.* 76. *D. pro soc.* ubi arbitrio sive æquum sive iniquum sit parere olim antiquo jure debebamus. Atenim id emendatum *l.* 3, *C. de recept. arbitr.* si videlicet sordes vel evidens gratia eorum qui arbitrati sunt, intercessit. Quod posteriorem quoque quæstionem attinet, in eo rursum differebant fidei judicia a strictis. Et id videatur etiam quod J Ctus hic definiebat, *Generaliter probandum est, arbitrium in bona fidei judiciis pro boni viri arbitrio accipiendum esse*. *Generaliter*, quasi diceret arbitrium istud boni viri in b. f. judiciis non tantum id operari, ut iniqua arbitri sententia quam dixerit corrigatur arbitrio boni viri, verum eo non arbitrante alterius adhuc arbitrio boni viri res definiri possit, ut indicatur *l. ult. C. de contrah. empt.* Nempe quod pretium illud certum sit, & certam contineat quantitatem, quod arbitrio boni viri definiendum relinquitur, *l.* 1. §. 1. *de legat.* 2. Deinde quod hæc venditio non conditionalis, sed pura sit, quia nec mora, nec conditio inesset viri boni arbitrio, *d. l.* 1. §. 1. Quamquam & hac parte dissensisse J Ctos indicat *d. l. ult. C. de contrah. empt.* Quod secus est in

in ſtricti juris judiciis, puta in ſtipulationibus *l.* 43. 44. *D. de V. O.* item in compromiſſo *l.* 45. *D. de recept. qui arbitr.* quæ huic quoque paritate inſcriptionis conjungenda eſt. Nempe in his arbitrium non egreditur perſonam ejus in cujus arbitrium ſtipulatio vel compromiſſum confertur: denique a perſona ejus non receditur, cujus arbitrium inſertum eſt: & ideo ſi omnino non arbitretur, nihil valet ſtipulatio, aut compromiſſum. Et tamen etiam in bonæ fidei judiciis quandoque olim arbitrium perſonale erat, neque alterius arbitrio ſuppleri poterat, puta ſi aliqua probabili conjectura conjici poſſet, contrahentes de certæ perſonæ arbitrio ſenſiſſe, ut docet *l.* 75. *D. pro ſocio*; *l.* 25. *in princ. D. locati*: *l.* 6. *in princ. D. de condit. & demonſtr. d. l. ult. C. de contrah. empt.* Verum illud tandem ſuſtulit Juſtinianus, *d. l. ult. de contrah. empt.* voluit enim is venditionem vel locationem in arbitrium tertii collatam, tertio illo non arbitrante, nullam eſſe: *nulla*, inquit, *conjectura, imo magis divinatione in poſterum ſervanda, utrum in perſonam certam an in boni viri arbitrium reſpicientes contrahentes ad hæc pacta venerint, quia hoc penitus impoſſibile eſſe credentes, per hujuſmodi ſanctionem, expellimus.* Ut proinde probandum ſit hodie, *Generaliter perſonale arbitrium eſſe in omnibus contractibus, vel quaſi, ſive bonæ fidei ſive ſtricti juris*: Ac proinde hæc regula hoc reſpectu abrogata videatur, in cæteris inviolata.

DE PRÆSTATIONIBUS *in Contractibus, quibus res aliena momento apud alium eſt.*

XXIII. IDEM (Ulpianus) libro viceſimo nono ad Sabinum.

Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt: quidam, dolum & culpam: Dolum tantum, Depoſitum & Precarium: Dolum & culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum: Item dotis datio, tutela, negotia geſta. In his quidem & diligentiam. Societas & rerum communio, & dolum & culpam recipit: Sed hæc ita, niſi ſi quid nominatim convenit: Legem enim contractus dedit: excepto eo, quod Celſus putat, non valere, ſi convenerit, Ne dolus præſtetur: *hoc enim bonæ fidei judicio contrarium eſt, & ita utimur. Animalium vero caſus, mortes, quæque ſine culpa accidunt, fugæ ſervorum qui cuſtodiri non ſolent, rapinæ, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus prædonum a nullo præſtantur.*

SOLEMNIS hæc, & celebratiſſima omnium hoc titulo, Ulpiani lex, ſive regula eſt; *de Præſtationibus in Contractibus*: id eſt, quid is, penes quem ex contractu aliquo res aliena interim eſt mox rei domino reſtituenda, præſtare teneatur: liceat *αλλοτριοκτημονα*, *aliena poſſidentem* dixiſſe, quomodo *ακτημων*, *ευκτημων φιλοκτημων poſſeſſionibus deſtitutus, bene poſſeſſionibus inſtructus, poſſeſſionum cupidus*, dicuntur. Et primo quidem loco, quaſnam contractus illi præſtationes *recipiant*, ex ſui ſcilicet natura: quod Harmenopulus Græcique majoris lucis ergo addunt, *τινα φυσικως πρεποντα quædam ex ſui natura convenientia*; ut alii *κατα φυσιν επακολουθουντα quæ ſecundum naturam conſequuntur*, ſeu *φυσει του συναλλαγματος natura contractus*: Quod quidem nil adeo neceſſe, ſi qui aures adſuetas habeat, ad veteres J Ctorum formulas: *Recipere* enim eſt natura ſua recipere, de quo mox plura. Iſtud inquam hujus Reg. argumentum eſt præcipuum. Quæ

quidem regula integro tractatui seu multarum regularum complexioni, imo & divisioni, accedit. Est ea certe, quod quidam recte notant, clavis totius ferme tractatus *de Contractibus & commerciis hominum inter se*. Neque eo secius recte ea stat in censu juris regularum: nam ut omittam alia, sic quoque idem Ulpianus libro primo regularum, definitionem *culpæ*, de qua hac l. agitur, & quidem latæ proposuit in *l. cedere diem* 213. §. 2. *de V. S.*

Hanc vero regulam intricatam difficilemque fecere faciuntque hodienum quamplurima. Primo quidem, veterum quoque JCtorum hac in re dissensus aliquis, legesque adeo invicem pugnantes. Dein, ambiguæ variæque horum verborum, *Culpæ*, *Diligentiæ*, *Custodiæ* & *Periculi* significationes. Tertio, variæ graduum *culpæ* distinctiones, de quibus haud parum certant juris Interpretes. Quarto, diversa verborum istorum, *In his quidem & diligentiam*, tum lectio tum intellectus. Quinto, quod Ulpianus nudam hic contractuum & præstationum divisionem facere contentus fuit; nulla juris ratione subdita, nulla regula supposita. Postremo, quia & illa ipsa regula seu distinctio, quam pro ratione in hac materia veteres JCti substernebant, & substernunt hodie multi, ipsis etiam fatentibus, fallax omnino deprehenditur: Distinctio, inquam, illa (de qua postea, ubi *de precario*) inter contractus solius dantis utilitatem continentes, & solius accipientis, vel utriusque: Nempe in contractibus qui solius dantis causa fiunt, dolum tantum præstari: in iis qui utriusque gratia fiunt, dolum & culpam (levem scil.) in his quæ accipientis tantum gratia, culpam etiam levissimam. Sic ut pro modo utilitatis, sit & modus præstationis. Hinc igitur tanta Interpretum varietas, imo & variationes nonnullorum. Et cum multi hanc l. illustrare adgressi sint, qua vetustiores, qua recentiores, non tantum commentariis in hunc integrum titulum scriptis, in quibus principes semper mihi Cujacius & Petrus Faber, verum peculiari complures tractatu seu interpretatione, in quibus (post Joannem Igneum, Hugonem, Cynum) Campanius, Antonius Contius, M. Antonius Delrio, Giphanius, Bocerus, Conradus Rittershusius, & nuper eam illustravit egregie admodum solideque, Joannes Davezanus Antecessor Aurelianensis, *libro de Contractibus*, postremis cum primis undecim capitibus. Et nos quoque justa ejus ut interpretatione defungi possimus, sequentes *προθεωρίας prænotiones* præmittemus.

Primo quidem, pro more nostro, notandum, hanc legem esse Ulpiani (quo Jurisconsulto nemo dedita magis opera hoc argumentum de præstationibus in contractibus executus est, id enim hactenus de eo moneri oportet, non in ejus vitam excurrendum) non modo libris ad Sabinum, *hac l.* & tribus insuper aliis legibus inde excerptis, puta, *l. cujus interfuit* 10. *l. itaque fullo* 12. *l. eum qui* 14. *D. de furtis*, verum etiam libris ad Edictum, *l. si ut certo* 5. a §. 2. *ad* §. 11. *D. commodati*. Secundo, etsi similes alioquin, quod secundo loco hic notandum venit, occurrant breves aliorum hac de re tractatus: puta, Africani in *l. si servus* 108. §. 12. *D. de legat.* 1. ut & Modestini, lib. 2. Differentiam juris, extra corpus Juris, *apud auctorem collationis legum Mosaicar. tit.* 10.

Tertio observandum, desumptam hanc Ulpiani legem ex libris ejus ad Sabinum (pariter ut omnes hactenus a *l.* 1.) & quidem hanc ex *libro* ejus *vicesimo nono ad Sabinum*, e quo ipso libro huic conjungendæ seu coassandæ veniunt dicta *lex* 10. 12. 14. *D. de furt.* *lex* 10. 12. *D. commodati*. Quo quidem libro Ulpianus, posteaquam egisset su-

pe-

periore libro vicesimo octavo de emptione, venditione: sicut tricesimo proximo egit de mandato & de societate, hoc intermedio libro, puta 29. non de ipsa quidem emptione & venditione contrahenda egit, ut quidam ait: non de commodato, de quo quidem est *dict. l.* 10. 12. *& dict. l.* 14. §. 10. 14. 15. 16. *de furtis*, quod nonnulli censent, quique adeo hanc leg. principaliter ad tractatum commodati pertinuisse censent, ejusque occasione tantum Ulpianum hunc tractatum ingressum volunt: verum de *Adminiculis contractuum, deque pedissequis eorum Actionibus*: & quidem contractus *Venditionis*, puta, de *Traditione*, de quo est ex eo libro *lex* 20. *de adquirend. rerum domin. l.* 26. *de usurpationib.* 2. de Traditionis legibus, deque Servitutibus, quæ venditionem & traditionem sequuntur: quo pertinet ex eodem libro, *lex* 15. 17. *D. de servitut. prædior. urban*: *lex* 47. 49. *D. de contrah. empt.* 3. de evictionibus, *l.* 17. 19. 21. 23. 25. *D. de evictionib.* 4. Tandem, *de Præstationibus* in contractu empti venditi: cujus occasione Ulpianus generaliter agere instituit, de præstationibus in contractibus, quibus res aliena ad tempus apud alios est, *aliquo eorum periculo*, ut ipsemet Ulpianus expresse loquitur eo ipso libro *in d. l.* 14. §. *qualis ergo*, *D. de furtis*, ad quod ipsum pertinent etiam *d. lex* 10. *&* 12. *D. commodati*. 5. Atque adeo & de *Furti actione* ob rem mobilem subreptam, eodem libro accurate tractavit: hæc enim actio consectarium quoddam est præstationum seu culpæ quam quis præstare tenetur: sæpeque adeo tractari occurrit, quibusnam videl. ea actio competat ex iis penes quos res aliena mox restituenda, momento est, ex contractu vel quasi, ob periculum, inquam, seu præstationes quibus tenentur, seu ob eam rem tantum, quod ea res culpa eorum perierit, ut dicitur, *l. eum qui emit.* 14. §. 10. *D. de furtis*, ex eodem libro. Quam quidem quæstionem Ulpianus tractat eo libro *in d. l.* 10. 12. 14, *D. de furtis*: ubi posita prius hac regula *in d. l.* 10. eum cujus interfuit rem non subripi, furti actionem habere: mox eam exemplis firmat, & retro alia hinc submovet *d. l.* 12. Sed postrema nominatim *l.* 14. quæ octodecim paragraphis constat, prolixum ea de re tractatum instituit, decurrendo sigillatim per eos omnes fere contractus, qui hac ipsa lege designantur, ex quibus videlicet res aliena mobilis apud nos momento est: Nempe (ut ordinem hujus legis sequamur) agit Ulp. in *d. l.* 14. de Deposito, in §. 3. *&* 4. de Precario, §. 11. de Mandato; §. 9. 17. de Commodato, §. 8. 10. 14. 15. 16. (pariter ut *d. l.* 10. *&* 12. *D. commodat.*) de Vendito, *in principio legis*, *&* §. 1. de Pignori accepto, §. 5. 6. 7. 16. de Locato, §. 12. 16. His adjice & colonum, §. 2. & heredes eorum qui contraxerunt, §. 14. & res quæ principaliores sequelæ sunt, §. 25. & casum in epistola data perferenda alicui, §. 17. *seu ult.* Ac proinde tractat in *ea l. Ulpianus* num depositario vel precario rem alienam habenti, num procuratori, commodatario, venditori, creditori pignoratitio, conductori, colono, heredibus eorum, latoribus seu gerulis, rei penes eos alienæ depositæ vel concessæ, commissæve nomine, si furto surrepta fuerit, hæc pedissequa furti actio competat, ideo quod eorum intersit, custodiamque & culpam præstare teneantur. Atque ita interim integram συνέχειαν seu continentiam habemus libri vicesimi noni Ulpiani ad Sabinum. Et hæc de Auctore libroque unde hæc lex desumpta est. Quæ omnia ad hujus l. intellectum plurimum faciunt. 4. Quarto loco *subjectum* hujus l. spectandum venit: quod quidem est de *contractibus* συναλλάγμασι, & quidem bonæ fidei, de quorum definitione quæ satis clara hic agere supersedeo. Il-

lud ad rem nostram notandum, *Contractuum* appellatione *hac l.* comprehendi non veros tantum contractus, verum omnis generis obligationes, actusque obligatorios, atque adeo & quasi contractus: veluti precarium, tutelam, negotia gesta, rerum communionem. Sic Paulus quoque *in l. omnem* 20. *D. de judiciis: Omnem*, inquit, *obligationem, pro contractu habendam existimandum est, ut ubicunque aliquis obligatur, & contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur*. Atque hæc interim prima contractuum divisio hic ad rem notanda est. Notanda & hæc secunda: Quod ex his contractibus alii solius *dantis* utilitatem contineant, alii solius *accipientis*, alii *utriusque*: cujus divisionis usus hac in re apud Jurisconsultos complurimus fuit, ut jam antea indicavimus, & deinceps adhuc patebit. Tertia specialior adhuc divisio contractuum horum ratione finis sequitur: nempe ex his contractibus rem alienam penes nos periculoque aliquo nostro esse, uno ex his quinque finibus seu causis: 1. Vel *custodiæ*, inquam, tantum causa, ut est depositum, venditaque rei post perfectam venditionem interim custodia. 2. Vel *usus* alicujus fructusque gratia, ut est Precarium, Commodatum, Locatum, Dotis datio. 3. Vel *Possessionis*, ad securitatem nostram, ergo, quod est pignori acceptum. 4. Vel *Administrationis, gestionisve* causa, ut est mandatum susceptum, tutela, negotiorum gestio. 5. *Communionis* postremum titulo, qualis est societas & rerum communio. Tot scilicet causis, titulisve, vel finibus, res aliena apud nos momento esse potest.

Quare etiam, quod quinto loco hic notari cupio, nil mirum jam, si *duodecim* tantum hi contractus (quibus tamen & vicini sociari possunt, & quidem innominati) *hac l.* memorentur, at non & alii, quibus dominium in instanti, simul & possessio incommutabiliter transfertur: In quibus est *mutuum* (quod & ipsum alioquin a contractibus separatur, *l. creditores* 10. *D. de V. S.*) quia ex eo *species ipsa* mutuo data, non momento tantum apud debitorem est, velut ipsa restituenda, verum a creditore in debitorem ilico transfertur alienatur: in mutuo enim de meo tuum fit, resque ita datur, ut mutuo accipientis fiat: id enim convenitur, ut tantumdem, non idem reddatur, ut Papin. *l. Lucius* 24. *& l.* 25. §. 1. *depositi*. Et sic mutuum *alienationis* hactenus speciem continet: non sic tamen, ut non *ἀναπόδοτος sine rei redditione* restitutio fiat, nam imo species mutuo data functionem recipit in genere suo, per solutionem *æquam* specie, *æquam*, inquam, num ita reponendum esse in *l.* 2. *D. de rebus creditis* peculiari Diatriba jam ostendimus. Contra, in contractibus, qui *h. l.* nominantur, damus, *eandem rem recepturi*, de quo est quoque Agrœtii locus. Unde patet jam, de inani Interpretum labore, qui hic contractus quosdam enumerant *hac l.* omissos: quique adeo ab hac regula excipiunt mutuum, in quo profecto omne periculum debitoris est *l.* 11. *C. si certum petatur: l.* 1. §. 4. *D. de obligat. & act.* utpote cum pecunia mutuo data, non jam aliena seu creditoris amplius censeri possit, verum debitoris omnino fiat. De illis quippe tantum contractibus est hæc lex, quibus res aliena suo tempore *ipsamet* restituenda, apud nos momento est, uno ex illis quos dixi finibus: Ut & inanis labor est eorum, qui de variis aliis contractuum speciebus & divisionibus hic operose agunt: nos enim veram contractuum speciem hic tenemus, cui hic tractatus uni aptari debet & potest: utcunque hac *l. contractuum* mentio fiat indistincte, pariter ut ab eodem Ulpiano *in d. l.* 5. §. 2. *D. commodati*,

dati : qui contractus proinde ita secundum subjectam materiam intelligendi sunt. Illud non minus *ἀπροσδιόνυσον ære alienum*, quod hac l. Interpretes tractant, de rebus debitis ex causa ultimæ voluntatis, quid præstent Jurisperiti seu Advocati, Adsessores & Magistratus, quid Arbitri, Agrimensores, Proxenetæ, Apparitores: Quid item furiosi, quid prodigi, quid pupilli. Sexto loco perpendendum venit generale hujus *l. prædicatum:* nempe, *Præstationem aliquam hi contractus recipere* dicuntur: id, inquam, hac regula tractatur, quidnam eum penes quem res aliena momento est, alio atque alio fine, *ex natura* contractus rei domino præstare oporteat. Eo enim hactenus pertinet hæc regula: neque retro hic tractatur, quid vice versa dominus rei præstare alteri penes quem res ipsius est, debeat. Et recte omnino Scholion Harmenopuli, *lib. 6. tit. 2. num. 55.* hac regula scopum hunc esse JCto docere quænam contractibus *naturaliter* conveniant *τινα φυσικως πρεποντα quædam naturaliter congruentia*, quæque in his requiratur diligentia, & ex quibus accedentibus contrahenti periculum vel damnum immineat vel non, & *κατα φυσιν επακολουθουντα secundum naturam consequuntur*, seu *φυσιν τε συναλλαγματος naturam contractus* quod & jam antea indicavimus. *Præstare* porro, qua voce Ulpianus *hac l.* bis utitur, ut & Jurisconsulti passim, id est, ad quid is teneatur quidve eum luere, sarcire oporteat, si quid ea in re secus admiserit, si quid detrimenti in ea dominus senserit. Qua voce etiam hac in re usus est variis locis Cicero, non minus eximius Jurisconsultus quam Oratorum princeps. Hi duo inter alios insignes, & ad hanc l. quam accommodi occurrunt: Primus lib. 3. Officiorum, *Qui fini*, inquit, *boni, & quid sit bene agi, magna quæstio est: Quintus quidem Scævola Pontifex Max. summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur, Ex fide bona: fideique bonæ nomen manare latissime: idque versari in TUTELIS, SOCIETATIBUS, FIDUCIIS, MANDATIS, REBUS EMPTIS VENDITIS, CONDUCTIS LOCATIS, quibus vitæ societas continetur; in his magni esse judicii statuere, præsertim cum in plerisque essent judicia contraria, quid quemque cuique PRÆSTARE oporteat.* Alter locus est *in Topicis* apud Trebatium, *In omnibus iis judiciis, in quibus ex fide bona est additum, plurimus eorum* (Jurisconsultorum) *usus est: ubi vero etiam, Ut inter bonos bene agier, in primisque in arbitrio REI UXORIÆ, in quo est, Quod æquius melius parati esse debent: Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi æquum bonum: illi quid SOCIUM socio quid eum qui NEGOTIA aliena curasset, ei cujus ea negotia fuissent, quid eum qui MANDASSET, eumve cui mandatum esset alterum alteri PRÆSTARE oporteret: Quid virum UXORI, quid uxorem viro, tradiderunt*: Inde igitur *præstationes*, de quibus hac l. agitur, quæque vox etiam occurrit in *l. 152. §. 3. infr.* & in Papiniani *l. generaliter 5. D. de usur.* quæque pars etiam *των καθηκοντων* seu Officiorum est, cujus materia subtilis semper visa fuit: quid, inquam, cujusque contractus natura ferat, quid ex natura eorum præstari oporteat (quod etiam Græci hic addidere). Nempe enim contractuum ut circa præstationes, ita & alias contractuum sua quæque natura est, de quo *l. 7. §. quinimo 5. vers. idem responsum: l. 27. §. 2. in fin. D. de pact. l. 24. circa fin. depositi: l. naturalis 5. §. sed si facio 4. D. de præscript. verbis: l. si in venditione 60. D. de evictionib. l. ult. C. de adsert. toll. §. de illa sane, Inst. de societate;* sua forma *l. 48. in fin. D. mandati: l. 27. §. 2. in fin. D. de pact.* status & natura obligationis *l. 9. §. 1. de duob. reis:* modus suus *l. 26. §. 1. in fin. de-*

depositi, notissimi termini, *l. Lucius* 24. *depositi:* jus quod lex naturæ ejus tribuit, *d.* §. 2. in *fin.* Præstationes igitur quædam ex natura contractuum insunt; seu, ut loquitur idem Ulpianus, in *l. ex empto* 11. §. 1. *D. de act. empt. nonnulla INSUNT naturaliter horum judiciorum potestate:* Ait *naturaliter*, quomodo & in *l. in causa* 16. §. *penult. D. de minor.* & *l.* 22. §. *ult. D. locati*, dicitur, naturaliter in pretio emptionis & venditionis licere contrahentibus sese circumvenire: *τινα φυσικως πρεποντα τοις συναλλαγμασι quædam naturaliter contractibus convenientia*, Græcis ut Harmenopuli Scholiastæ *lib.* 6. *cap.* 2. *pag.* 482. & Theodoro Hermopolitæ. Id ipsum vero sola *Recipiendi* quoque voce *hac lege* effertur, duobus pariter locis: *Recipere* est, natura sua quid admittere, exigere: sic enim & in *l. actus legitimi* 77. *infr. h. t.* actus legitimi diem vel conditionem recipere, vel non recipere dicuntur: sic & Papinianus dixit, *d. l.* 5. *de usuris*; bonæ fidei judicia non recipere præstationem, quæ contra bonos mores desideretur. Eodemque sensu, *quid venire* in his contractibus dicitur *l.* 5. §. 2. *D. commodati:* & teneri quis, ut *l.* 16. *Cod. mandati*, & exinde *condemnari*, ut & Modestinus apud pariatorem legum Mosaicarum *titulo* 10.

Denique & *Periculi* vox hac in re propria: *periculi*, inquam, non quod imprudentibus accidit, non casus improvisus, seu fortuiti casus, quos humanum consilium prævidere non potest, quibus resisti non potest, quibus infirmitas humana resistere nequit, non vis divina, majorque, quæ *periculi* voce plerunque intelligitur, de quo *fine hujus legis:* quo sensu *periculi* vox accipienda quoque in *l. si quis nec causas* 4. *D. de reb. cred.* quidquid Accursiani de culpa id accipiant: quod utique in contractibus hac lege designatis ex eorum natura præstandum non venit. Quid igitur? *Periculi* vox hac in re nostra *σημαντικη significativa* est, ubi scilicet quid præstandum dicitur ex natura contractuum. Hoc sensu dicitur, periculo nostro vel aliquo rem aliquam seu alienam esse, ut *l. illud certum est* 13. §. 1. *D. de liber. causa*: *l.* 4. *in princ. D. naut. caupon. stabul. d. l.* 14. §. 16. & *ult. de furtis*: periculum ad aliquem pertinere, *l.* 19. *in pr. D. de hered. petit. l.* 62. *in fin. D. de contrah. empt. l.* 14. *in fin. D. de furtis:* ad periculum pertinere, *l.* 25. *D. pro socio*: *l.* 19. *in princ. D. de hered. petit*: omne periculum præstare, *d. l.* 5. §. 2. & 3. *D. commodati*: periculum custodiæ præstare, *l.* 40. *D. locati*; subire, *l. un.* §. *quod si* 4. *D. furti adv. naut.* v. & *tit. de per. & commodo rei vend. l.* 1. & *tit. Cod. de periculo tutorum*: periculo suo facere, *l.* 35. *D. de administr. tutor.* periculo illigari, *l.* 1. §. 35. *D. depositi*: periculo culpæ subjici, *l. tutores qui* 39. §. *tutores* 12. *D. de administr. tutor.* periculo contumaciæ vel negligentiæ adstringi, *l.* 40. *eod.* periculo obligari propter culpam vel segnitiem, *l.* 1. 3. *Cod. de periculo tutor.* periculum porrigi, *l.* 2. *eod. Periculum* denique hac in re est, cujus causa quis periclitatur, teneturque, idque varie: est enim hujus periculi varius modus, varia interpretatio, pariter ut custodiæ & diligentiæ (unde periculum illud descendit.) Et ideo indefinite commodatum, locatum, pignori acceptum, periculo aliquo esse dicuntur, *d. l.* 14. §. 16. *de furt.* Alibi, omne periculum ad aliquem pertinere, *l.* 35. §. 7. *D. de contr. empt.* Alibi, periculo nostro res non esse, etsi dolus & culpa præstetur, *l.* 13. *in fin. D. de liberali causa*.

Nunc *septimo* loco videndum est speciatim, quænam illa *Præstationum* genera sint, qui gradus, quæ species, quot numero. Qui quidem tractatus, de præstationum, in-

inquam, culpæque gradibus, non in hac tantum contractuum materia necessarius est; verum & in aliis quamplurimis utilis, veluti in quasi delictis, in lege Aquilia, in rei vindicatione, in hereditatis petitione, in actionibus ex testamento, in materia legatorum, fideicommissorum, in officiis publicis, artiumque professionibus: ubi passim tractatur, quid quemque præstare oporteat, etsi hæc ad hanc legem tractari non debeant. Generali equidem sæpe *culpæ* nomine omnia præstationum genera indicantur, ut ab eodem Ulpiano iisdem ad Sabinum libris, *in l. 47. §. culpa 5. D. de legatis 1. & l. sed etsi 5. §. 1. D. ad l. Aquil. & l. 3. depositi*, aliisque quamplurimis: sic ut dolus quoque, i. culpa malitiæ, non culpa tantum imprudentiæ seu negligentiæ, ea culpæ notione apud Scriptores passim contineatur; ut in illo inter alia

Culpam pœna premit comes.

Imo & apud eundem Ulpianum eodem libro in *d. l. 14. §. 6. 10. 12. D. de furtis: & l. 10. D. commodati*: Verum, ut culpæ hujus generaliter acceptæ diversi gradus sunt, ita & diversa distinctaque nomina.

Tres igitur hujusmodi præstationum gradus sive species, ob culpam admissam, neque plures, hic proponit Ulpianus: pariter ut idem Ulpianus *d. l. 5. §. 2. D. commodati*: imo initio legis duas tantum. Nempe ait, contractus alios dolum malum duntaxat, seu solum dolum recipere, seu in his *dolum* tantum præstari: alios dolum & *culpam*: Mox tamen in processu legis tertium insuper præstationis genus interjungit; puta *diligentiam*. Hæc tria, inquam, neque plura, præstationum genera ponit Ulpianus; puta *doli* (sub quo tamen & *culpa dolo proxima*, seu *lata*, de qua mox, continetur) *culpæque* & *diligentiæ*. Et hanc trimembrem divisionem inculcat idem Ulpianus, iisdem ad Sabinum libris, in *d. l. 47. §. 5. D. de legatis 1. Culpa autem qualiter sit æstimanda videamus, an non solum ea quæ DOLO proxima sit, verum etiam quæ LEVIS est? An nunquid & DILIGENTIA quoque exigenda est?* v. *ejusdem d. l. 5. §. 2. vers. commodatum D. commodati*. Paulus quoque *in l. in rebus 17. in princ. D. de jure dot. In rebus dotalibus*, inquit, *virum præstare oportet tam DOLUM, quam CULPAM, quia causa sua dotem accipit: sed etiam DILIGENTIAM præstabit, quam in suis rebus exhibet*: ubi nihil necesse reponi: *sed & eam diligentiam*. Sic quoque Imperatores *in l. sicut 19. C. de pignoribus*, harum præstationum trigam faciunt. *Sicut vim majorem pignorum creditor præstare non habet necesse, ita DOLUM & CULPAM, sed & CUSTODIAM exhibere cogitur*: Ait *custodiam*, pro quo Ulpianus & Paulus *diligentiam*, de quo mox plura.

Est igitur trimembris omnino hæc præstationum & culparum divisio: Idque, pro triplici animi motu, diligentiæque inter homines gradu, unde & diversam quoque singulæ æstimationem recipiunt: Etsi, ut dixi, nonnulli duplici nonnunquam *doli culpæque* appellatione ea omnia complecti satis habent: Sic ut culpa a dolo distinguatur: illa, ex inscitia, imprudentia, incogitantia: hæc ex *προαιρέσει animi consilio*. Fraudis & segnitiei appellatione utrumque complectitur Papinianus *in l. 52. §. inter, D. de fidejussor.* fraudis & culpæ, idem *l. 29. §. qui se, de administr. tut.* & *l. 65. de rei vind.* doli & culpæ, idem *d. l. 39. §. rerum*, & *l. cum tale 27. §. quid ergo, D. de cond. & demonstr. l. cum tutor, de tutel. & rat. distr. l. 9. §. 1. de duob. reis*; Quomodo & Salustius, in C. Cottæ oratione, duplicem quoque fecit, *doli*, aut *socordiæ*. Quidem cul-

culpam duplicem faciunt, *malitia* unam; alteram *imprudentia*. De dolo prius. *Dolus malus* scilicet (qui & *dolus* plerumque simpliciter *h. l.* & *passim alibi*) vel fraus (unde inesse dicitur dolo fraus, *l.* 7. §. 10. *D. de pactis*) mala fides, proficiscitur a consilio, προαιρέσει, προνοίᾳ *proposito, præmeditatione*, calliditate, fallacia, machinatione (quæ tria itidem conjunguntur, ceu ἰσοδυναμοῦντα & æquipollentia, cum dolo malo, *in l. 1. C. de dolo: l. 7. §. dolus malus, D. de pactis*:) *ex insidiis*, quomodo etiam quidam legendum contendunt *in l. dolum 6. C. de dolo malo*, data, vel dedita opera, vel *opera* simpliciter, ut apud Terentium, ubi vide *Donatum*: ex dolosa mente & abscondita machinatione, ut Justinianus in *l. 4. vers. justum, C. de litigiosis*: malitia mala, ut Plautus *in Aulul.* veluti sordibus vel gratia, ut in *l. tutor. 7. §. 2. D. de administ. tut.* evidenti gratia, sordibus, inimicitia, *l. 15. §. ult. D. de judic.* ex luxuria, ut *l. 11. D. de incend. ruina, naufr.* unde dolus hic in delictum & crimen vergit: eoque etiam nomine censetur *l. 3. §. nunc videamus, D. de suspect. tutor. l. 1. §. is quoque, D. de verb. oblig.* Nullusque contractus est, in quo non ex ipsius natura dolus veniat, in quo non dolus præstetur. Quinimo neque ulla pactione id effici potest ut ne dolus præstetur de quo postea. Hæc denique *bona fides* est, quæ in omnibus contractibus, quibus vitæ societas continetur præstanda est, *l. 4. C. de obligat. l. bona fides 31. D. depositi*: *l. si dolo 5. C. de rescind. vend. l. si mandata 59. §. 1. D. mandati*. Et hæc quidem breviter *de dolo*, qui, ut dixi, ex προαιρέσει, προνοίᾳ *proposito præmeditatione* descendit. Apage enim mihi sis triplicem doli divisionem; 1. in simplicem sine consilio; 2. in deliberatum, ex προαιρέσει *proposito*: 3. in insidiosum ac proditorium. Imo apage sis, commentum eorum, qui quinque species doli fingunt. *Culpa* vero omnis, dolo opposita, ex desidia, negligentia, ignavia, oritur *l. socius 72. D. pro socio*: *§. penult. Inst. quib. mod. re contr. obl.* ex imperitia, imprudentia, stultitia, secordia, segnitie, desidia denique omni: quam homines circa res alienas admittunt: vel *non faciendo*, seu negligendo omittendove quod factum oportuit; vel *faciendo*, quod non oportuit; nam & hæc duplex culpa est, vel in omittendo, vel in committendo, seu in faciendo & non faciendo, *l. si servum 91. §. 1. D. de V. O.* Igitur culpa a fraude & dolo separatur passim, & *l. si culpa 6. D. de rei vindic.* Retro hinc, *doli culpæque*, vel *doli omnisque culpa* appellatione quandoque præstationes omnes continentur *l. 11. 13. C. mandati*: *l. 31. §. 9. D. ad legem Aquil.* Et hæc de culpa, ejusque nomine in genere: unde apparet jam, falsam esse latæ culpæ divisionem in culpam versutiæ, & ignaviæ, cum omnis culpa ab ignavia proficiscatur.

Atenim ut veri, ita varii culpæ gradus sunt, atque adeo culpa multiplex. Nam, etsi culpa arbitrio judicis æstimanda veniat, *l. semper 15. §. culpam, D. quod vi aut clam*: *& l. 2. 4. in fin. 5. §. 3. D. de in litem jur. & l. 2. C. eod* (quod hic summopere notandum est) difficilis enim est, omnis culpæ disquisitio, definitio & probatio, arg. *l. tutores 39. §. ab eo qui 13. D. de administr. tut.* qua causa de ea facile transigi potest, tribus tamen gradibus æstimatur: prout scilicet tres quoque sunt humanæ diligentiæ gradus: quod & alii nonnulli tradunt, sed in construendis his gradibus plurimum errant. 1. Est scilicet diligentia, *communis omnium hominum*, quæ hominibus omnibus innata, non acri ingenio vel exquisita industria excitata, sed ex communi sensu descendens. 2. Est diligentia *propria contrahentis in rebus suis*. 3. Est denique diligentia *aliena*, exacta, quam diligens paterfamilias rebus suis adhibere amat, Apage enim

enim sis mihi plures quas vulgo comminiscuntur, diligentiæ species. Priori illi diligentiæ opposita negligentia seu culpa dicitur *lata culpa*, *in l. cedere diem* 213. §. 2. *l. lata culpæ* 233. *D. de V. S. l.* 1. *si mensor falsf. mod. l.* 31. §. 12. *ad leg. Aquil. l.* 8. §. *ult. l.* 29. *in princ. D. mandati*: *l.* 1. *D. de Magistr. convent. l.* 11. *seu penult. D. de incendio*: *l.* 22. §. 3. *ad SCtum Trebell. l.* 7. *D. ad leg. Cornel. de sicar.* In Codice *l.* 20. *de negot. gest. l.* 1. *depositi. l.* 1. *de heredib. tutor. l.* 2. *de in litem jur. l.* 7. *de arbitr. tut.* Eademque dicitur & latior culpa, *d. l.* 32. *depositi*, ad discrimen levis (Apage enim mihi sis distinctionem culpæ latæ, in latam, latiorem & latissimam) magna culpa, *l. magna* 226. *D. de V.S.* (quæ una e tribus eo tit. de lata culpa lex est) culpa gravior, levi opposita *l.* 54. §. 2. *D. de adquir. rer. domin.* Negligentia crassa, *l.* 6. *D. de juris & facti ign.* ubi in sp. illius *l. delatoria curiositati* opponitur *& scrupulosa inquisitioni*: magna, *l.* 1. §. 5. *D. de obligat. & action. l. magna* 226. *D. de V. S.* nimia, *dict. l.* 213. §. 2. lata, *l.* 6. *de admin. rer. ad civ. pert. l. tutor qui repertorium*, §. *competat* 2. *D. de admin. tut. l.* 7. §. 1. *D. de suspect. tutor.* dissoluta, *l. si fidejussor* 29. *in princ. D. mandati*: remissior, *l.* 5. *C. de periculo tut.* manifesta, *l.* 2. *C. arbitr. tut.* Ignorantia item deperditi & securi hominis, *l.* 3. §. 1. *D. de juris & facti ign.* supina, *d. l.* 6. *de juris & facti ign.* quæ in supinum hominem cadit, *l.* 15. §. 1. *D. de contrah. empt.* Ignorantia dissoluta, *l.* 55. *D. de ædil. edict.* Securitas nimia, *d. l.* 6. Nunc videamus, quænam sit latæ hujus culpæ definitio seu descriptio: Quis latæ hujus culpæ finis, ut loquitur Paulus, *lib.* 2. sententiarum, in *d. l. lata* 223. *de V. S.* finis, inquam, id est, definitio, & unde intelligi potest quid sit id de quo quæritur: nam & ita *finem* describit Sulpitius Victor, in *Instit. orat. pag.* 260. 261. Vide & Marium Victorinum *pag.* 108. unde & *finitiva quæstio* seu *status finitivus*, de quo vide eundem Marium Victorinum, Julium Severianum, *pag.* 308. Curium Fortunatianum, *pag.* 45. *&c.* ὅρον *finem* Græci vocant, ἰδιότητα *proprietatem*, ut nonnulli, & in his Theodorus, alii vocant περὶ τῦ αὐτῦ καὶ ἑτέρου *de eo quod res sit & quod non sit.* Hermagoras denique *finem* pariter vocavit, teste Aurelio Augustino in princ. Rhetor. *pag.* 294. verum de hoc fine, statuque finitivo videndi qui Rhetoricas vel Oratorias Institutiones scripsere. Hoc certe cum non intelligeret Lopez a Madera, nescio quid de fine latæ culpæ, ab ipsa lata culpa diverso commentus est. Ergo latæ culpæ finis seu definitio est, non intelligere id quod OMNES intelligunt, ut definit Paulus in *d. l.* 223. vel ut Ulpianus *lib.* 1. Regularum, *in l. cedere diem* 213. *in fin.* lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod OMNES intelligunt. Paulus rursum *lib.* 1. Manualium in *l. magna* 226. eam per magnam negligentiam describit. Item lata culpa seu summa sive ignorantia sive negligentia, est solum ignorare, vel non observare, non attendere, quod OMNES sciunt in civitate: cujus rei exempla peti possunt ex *l.* 11. §. *proscribere* 3. *D. de institor. act. l.* 9. *sed facti* 2. *D. de juris & facti ignor.* ac proinde id non curare, quod omnes curare solent. 1. Hinc jam lata culpa est in *deposito*, si qui depositum accepit minorem in rebus alienis quam in suis (custodiendis scilicet) diligentiam adhibeat, si non ad suum modum CURAM circa res depositas adhibeat: ut Celsus *in l. quod Nerva* 32. *D. depositi*: Id enim OMNES intelligunt, vel intelligere debent, in deposito præstari oportere: quandoquidem in *sola custodia* depositi lex & natura consistit: eaque communis omnium intelligentia est vel esse debet, κοινὴ ἔννοια, communis sensus: quem

proinde qui ignorat, qui negligit, latam culpam contrahit. Unde jam apparet, quam inanis sit quorundam distinctio, ut ex salebris *d. l. quod Nerva* 32. *D. depositi* sese expediant, latæ culpæ, in latam culpam ignorantiæ, & latam culpam negligentiæ: quasi hæc dolo æquiparetur, non illa: quod latæ culpæ definitioni, quam supra ex Paulo & Ulpiano attuli, aperte adversatur, ubi INTELLIGENDI verbum diserte extat. Sic quoque exemplum in deposito latæ culpæ ponit Scholiastes Harmenopuli, in eo qui res suas tuto loco reponat, depositas vero in incerto & putri, ἐν τόπῳ σαθρῷ ποιοῦντι *in loco putredinem faciente*. Glossa Juris Canonici in *cap.* 2. *ext. de deposito*, si rem penes se depositam in scamno jacere sinat, cum suas res in arca includeret. 2. Exemplum aliud latioris culpæ seu dissolutæ negligentiæ poni potest in *fidejussore*, qui sciens debitori competere exceptionem doli, vel non numeratæ pecuniæ, eam prætermisit: & hæc dissoluta negligentia prope dolum esse dicitur, *l.* 29. *in princip. D. mandati*. 3. Exemplum in *mandatario*, cui mandatum est ut hominem emeret, si non quidem dolo emere neglexit, forte pecunia accepta, verum si gratia ductus, passus est alium emere, quæ lata culpa est Ulpiano, *in l. si procuratorem* 8. §. *ult. D. mandati*. 4. Exemplum in *Tutore*, qui male contraxit, veluti qui prædia comparavit non idonea, non quidem per sordes aut gratiam (id enim dolus est) verum per latam negligentiam, non bonam conditionem eligendo, *l. tutor* 7. §. 2. *D. de adminiſt. tut.* 5. Poni possit & exemplum in eo qui ventoso die in stipulam vel spinam suam comburendæ ejus causa *ignem immisit*, isque ulterius evagatus & progressus alienam segetem vel vineam laesit: item qui non observavit, ne ignis longius procederet, *l. qui occidit* 30. §. 3. *D. ad leg. Aquil.* 6. Exemplum in *emptore*, qui servo a se empto ægroto medicum non adhibuit ut sanari posset, vel malum adhibuit, *d. l.* 30. §. *qui occidit*, *D. ad leg. Aquil. l.* 31. §. 12. *D. de ædil. edict.* 7. Exemplum in *magistro navis*, qui sine gubernatore navem in flumen immisit, & tempestate orta temperare non potuit, & navem perdidit, *l.* 13. §. 3. *D. locati* 8. Tandem & duo latæ culpæ exempla in materia criminali suppeditat *lex* 7. *D. ad leg. Cornel. de sicar.* nam, quidquid nonnulli dicant, in illis quoque duobus exemplis lata culpa vertitur, quandoquidem non ea diligentia ibi adhibetur, quæ communis hominum est, & communis sensus desiderat. Hæc igitur illa lata culpa est, negligentia lata, magna, dissoluta, &c. quæ licet a dolo revera differat, ratione fontis seu originis (utpote cum dolus ut dixi a προαιρέσεως a consilio, proposito proficiscatur, lata vero culpa ex supina ferme negligentia & ignorantia *l.* 7. §. 1. *D. de suspect. tutor. l.* 1. §. 3. *D. de Magistr. conv.*) in criminalibus nominatim publicisque judiciis, ibi enim lata culpa pro dolo non accipitur *d. l.* 7. *D. ad legem Cornel. de sicar.* (quæ quidem lex etsi de lege Cornelia de sicariis nominatim scripta sit, ad alia tamen crimina pari ratione porrigenda est.) Quanquam de hac quæstione vide Larglæum 8. *semestrium*, *cap.* 15. *seu ult.* & Farinacii *praxim criminal.* attamen in caussis civilibus seu pecuniariis, in contractibus, vel quasi, *l.* 8. §. *eum quoque*, *D. de precario*: *l.* 2. *C. de in litem jur.* imo & in quasi delictis & civilibus actionibus pœnalibus in doli crimen cadit: ut testatur Gajus in *l.* 1. §. *is quoque*, *D. de obligat. & action.* & exinde §. 1. *Instit. de oblig. quæ ex quasi delicto*: & Ulpianus *l.* 1. §. 1. *D. si mensf. falſ. mod.* & in specie *l.* 1. §. 2. *D. si quis test. liber.* & in tutelæ judicio, veluti in tutoris remotione: tutor enim

enim qui removetur ob dolum vel latam culpam fit infamis, *l.* 3. §. *ult. l. impuberibus*, §. 1. *de susp. tutor.* in Magistratibus conveniendis, quo pertinet *lex* 7. *D. de Magistr. conv.* cui socianda est ex eodem Celsi libro *d. lex Nerva:* Dolo accedit, dolo comparatur, æquiparatur, dolum repræsentat, dolo proxima est, prope dolum est, prope fraudem accedit, *d. l.* 1. §. *non alias* 2. *D. si is qui test. liber. l.* 19. *in princ. D. mandati*: *l.* 8. *in princ. D. de edendo*: *l. mulier* 22. §. 3. *D. ad SCtum Treb. l.* 8. §. 3. *D. de precar. l.* 1. §. 1. *D. si mens. fals. mod. l.* 47. §. *penult. D. de leg.* 1. Unde & dolo proximum quid dicitur, *l.* 7. *in princ. D. depositi:* Lataque negligentia prope fraudem accedere, *l. impuberibus* 7. §. *si fraus*, *D. de suspect. tutor.* magna negligentia in doli crimen cadere, *l.* 1. §. *is quoque*, *D. de obligat. & action.* Imo lata culpa dolus *esse* dicitur, *d. l. Nerva:* magna culpa dolus *esse*, *l.* 226. *de V. S.* non quod proprie quidem dolus SIT (quam tamen controversiæ rationem inter JCtos fuisse quidam minus pense censent: Quis enim de eo dubitarum credat?) est enim hæc inter semper differentia; sed quod lata culpa interpretatione, *repræsentatione* & effectu pro dolo habeatur. Unde non adeo male Interpretes hunc *dolum præsumptum* vocant: Nam alioquin lata culpa, pariter ut levis, a dolo separatur, & separatim exprimitur, ut alibi passim, ita *l.* 8. §. 10. *D. mandati*: *l.* 2. §. 5. *D. de hered. pet. l.* 1. *C. depositi*: *l.* 24. *C. de negot. gest. l. quicquid*, *C. arbit. tut.* Sed ut dixi lata culpa effectu dolo æquiparatur, lata, inquam, culpa omnis: Falsum enim est, quod quidam dixit, quandam latam culpam non dolo proximam statui. Ut & quod alii, duas species latæ culpæ faciunt, unam ubi quis per negligentiam & ignorantiam peccat; alteram ubi sciens prudens: quæ demum species dolo vicinior, & fere dolus sit. Quod omne invita Jurisprudentia dicitur, nam ubi sciens prudens quis peccat, dolus is est: contra ubi per ignorantiam vel negligentiam crassam, lata culpa est, & dolo æquiparatur. Hac de causa, JCti de dolo locuti subjiciunt, etiam latam culpam accipi debere, *l.* 5. §. *si heres*, *D. ut in possess. legat. l.* 5. §. *nec immerito*, *D. de precar.* Quinimo, si dolus notetur, & quidem cum taxativa *duntaxat*, vel *tantum*, vel *solus*, vel *satis est*, isque præstari dicatur, tamen lata quoque culpa comprehenditur, & æque plectitur, *d. l.* 1. §. 2. *D. si is qui test. liber. l.* 1. §. *hac actio*, *D. si mens. fals. mod. l. quæsitum* 8. §. 3. *D. de precario*: vide & *l.* 1. *C. de hered.* Idque etiam clare constat ex collatione hujus legis seu regulæ cum §. *cum quoque*, *Instit. de precario*: *l.* 1. §. *ult. D. depositi*, cum *l.* 1. *C. eod.* Et hæc quidem de primo diligentiæ gradu, deque culpa quæ ei opponitur, lata scilicet. Qua parte etiam ut dixi notandum, veteres inter se JCtos dissensisse. Proculus scilicet a Nerva diversus latiorem culpam dolum esse negabat *d. l. quod Nerva* 32. *D. depositi*.

Sequuntur nunc duo alii diligentiæ gradus, qui utrique indicantur, per *modum quem hominum natura desiderat:* quæque opposita latæ culpæ, in *d. l. quod Nerva* 32: *D. depositi*. Crassus enim Accursii error est & sequacium, qui hæc verba accipiunt de lata culpa, quam depositarius præstat: contra apertam JCti mentem: nam ibi diserte opponitur in deposito *diligentia in rebus suis* (de qua mox) *diligentia ad eum modum quem natura hominum desiderat*. Sicut & nimia eorum licentia est, qui in illis verbis, *si quis* NON *ad eum modum quem hominum natura diligens sit*, nega-

negativam *non* expungunt. Nam imo ea retinenda est: apertissimus enim illius loci sensus hic est; etsi in deposito non veniat ea diligentia, quam hominum natura desiderat, attamen ad suum modum depositarium diligentem esse oportere. *Hominum natura* est modus humanæ diligentiæ, quo usque diligentia humana pertingere potest & debet: quod humana natura desiderat, deposcit, requirit. *Natura humana* hic, non est, quod quidam censent, mediocritas, sed *modus* humanæ diligentiæ: *Natura est*, quod in unoquoque genere intelligitur, inquit Augustinus *lib. 2. de morib. Manich.* Sic & *l. 38. D. de rebus creditis*, dicitur, respiciendum esse, ut quantum in hominum natura sit, possit sciri: Sic & natura humanæ conditionis, *l. 30. §. suum, D. de adquir. hered.* Hujus porro diligentiæ & modi, quem hominum natura desiderat duo gradus constitui possunt: vel enim ea diligentia est quam is qui contraxit suis rebus adhibet, vel ea quam alius *diligens* paterfamilias.

Secundus igitur diligentiæ gradus est, non jam communis omnium hominum, non jam nudæ custodiæ, secundum communem hominum intelligentiam, ut in primo diligentiæ gradu, verum ea diligentia, qualem *ἀλλοτριοκτήμων aliena possidens*, id est, is penes quem res aliena momento est, mox restituenda, *in suis rebus* adhibet, & sic *propria* ejus, in gerendis, administrandis iis: vide vel *l. 25. §. 16. in fin. D. famil. ercisc.* Hæc vero propriis in rebus *diligentia* potest quandoque *exactissima* re ipsa diligentia esse, sicut ipse qui contraxit, æque diligens sit, atque alius diligens paterfamil. ita ut ad diligentiam diligentis patrisfamil. tum recurri non oporteat, neque aliud sit in propriis diligentia quam diligentis patrisfamil. diligentia. Sed retro, diligentia in propriis rebus, aliquando etiam est *consueta negligentia*, comparate scilicet ad modum seu ad diligentiam diligentis patrisfamil. ad quam præstandam ideo nonnulli tenentur: Quare in *l. 22. §. 3. D. ad Senatusconsult. Trebell.* levis culpa & rebus suis consueta negligentia, *παραλλήλως comparate* dicuntur. *Negligentia* scilicet est, non adsurgere ad diligentiam aliorum, sed intra vulgarem modum consistere. Hanc igitur diligentiam quæcunque illa sit in rebus suis adsuetam, si quis in alienis non adhibeat, culpam contrahit, quæ speciali *culpa* nomine, sine alia adjectione *hic* & alibi designari ferme solet, dolo opposita. *Culpa* scilicet vocabulum simpliciter prolatum in jure levem culpam denotat, ut *l. 5. §. 2. D. commodati: l. 8. §. penult. D. de rebus auct. jud. poss. l. 9. §. est praterea 5. D. eod. l. 13. §. ult. juncta l. 14. D. de pignor. act. l. 25. §. 16. D. familia ercisc. l. 108. §. 12. D. de legatis 1. l. 9. 25. §. maritum, D. soluto matrim. l. 2. §. 1. l. 4. §. ult. l. 5. §. 3. D. de in litem jurando* (quicquid contra Campanus, qui de lata culpa id accipit) Et plenius tamen quandoque ea dicitur *levis culpa*, ad distinctionem videlicet latæ seu latioris: idque duobus locis, *l. cum res 47. §. culpa 5. D. de leg. 1. d. l. mulier 22. §. sed enim 3. D. ad S.C. Trebell.* Alio enim sensu levis, non levis culpa dicitur Papinian. *l. 39. §. tutor datus, de admin. tut.* Ergo levis culpa, seu culpa speciatim dicta, in contractibus (nam de delictis nunc non agimus, ubi multa mentio culpæ, imperitiæ, sævitiæ nimiæ, patientiæ alieni criminis, &c. quæ culpæ adnumerantur) est, cum quis non id agit circa res alienas, non id gerit, non id evitat, declinat, quod ipsemet in rebus suis facere, gerere, evitare, declinare solet. Nam ita passim hæc culpa (levis scilicet) describitur: ut *d. l. heredes 25. §. 16. D. famil. ercisc. l. 72. D. pro socio: l. si constante* 24.

24. §. *si maritus* 5. *D. solut. matr.* Contra diligentia par in alienis atque in suis, *diligentia* opponitur proprie dictæ: ac proinde culpa hæc, isti diligentiæ ut *h. l.* de quo mox. Et hæc tamen ipsa, *diligentia* quandoque nomine designari videtur, & dolo culpæque opponi, vel apponi *l. 17. de jure dot.* de quo postea. Hanc denique diligentiam *μέσην mediam* vocat recte Scholiastes Harmenopuli. Inquies, imo latam culpam ita definiri in *d. l. quod Nerva* 32. *D. depositi*, nempe si non ad suum modum cura in deposito præstetur, seu minor in deposito quam suis rebus diligentia præstetur. Istud vero est, quod totam hanc materiam conturbavit: hæc crux omnibus ferme Interpretibus fixa fuit, quo minus culpæ gradus bene distinguerent, alienas species fingerent: imo ultro nonnulli fatentur, se non habere quod huic rei expediendæ in medium adferre possint. Alii distinguunt latam culpam in abstracto, & in concreto. Res ita concilianda est, imo jam ante conciliavimus: nempe latæ omnino culpæ adscribi in deposito, si quis non æquam deposito custodiendo, atque rebus suis custodiendis diligentiam impendat: quia diligentia illa *custodiaria* in deposito omnem præstationis modum continet: & communis hominum intelligentiæ est, depositum custodire oportere, quandoquidem hic unus verusque finis est depositi: depositum enim est quod custodiendum datur. Eademque precarii ratio, idem modus est, & si qui alii contractus sunt in quibus nuda custodia præstatur, nil præterea: Contra reliquæ præstationes in cæteris contractibus non sunt communis intelligentiæ, sed diligentiæ & solertiæ alicujus: ac nominatim æqua alienis in rebus quam in suis cura: sibi enim naturaliter quis mavult quam alteri.

Tertius diligentiæ gradus est, non jam æquus parque in alienis atque in suis diligentia, verum ad diligentis patrisfamil. diligentiam comparatus: atque adeo non *communis* jam omnium *hominum* diligentia, non *propria* contrahentis, verum *diligentioris* alterius patrisfamil. Diligentia denique exactior quam in suis, ut *l. 3. D. de periculo & commodo rei vend. l. 1. §. 4. D. de obligat. & act.* §. 4. *Institut. quibus mod. re contrah.* Hic vero summus diligentiæ gradus est, neque quidquam ultra unquam exigitur, quando neque ultra *hominum natura* desiderare potest, neque ea plus ultra procedere. Et sic hæc diligentia non exigitur ad modum diligentiæ quam qui contraxit ipse rebus suis adhibet, sed qualem diligens alienus paterfamil. & ut Theophilus ait, *ου πρός αυτην του διοικητου, ἀλλὰ πρὸς την ἑτέρου ἐπιμέλειαν τὸ της διοικησεως κρίνεται Non ad illam administratoris, sed ad alienam diligentiam respicitur cum de administratione judicatur*. Et hic, ut dixi, summus diligentiæ gradus est. Non alia proinde est, diligentis & diligentissimi patrisfamil. ratio seu diligentia vel custodia, *l. si ut certo* 5. §. 1. *D. commodati*, *l. heredes* 25. §. *non tantum*, *D. familiæ ercisc. l. 18. in princ. D. commodati*: non alia exactæ & exactissimæ diligentiæ vel custodiæ. Idque etiam apparet ex collatione ejus quod Gajus JC. de exactissima diligentia in commodato scribit *l. 1. §. 4. D. de obligat.* pro quo Tribon. reposuit exactam §. 2. *Instit. quib. mod. re.* Et quod dicitur in *l. 25. §. penult. D. locati*, culpam abesse, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset, nihil aliud importat, quam diligentis patrisfamil. diligentiam. Item exactissima diligentia, nil aliud est quam exacta. In quo tamen multi tumultuantur, imo vim faciunt, ut vel leges in speciem contrarias inter se concilient, vel novam

culpæ

culpæ speciem inducant. Quæ omnia ineptissima sunt. Quare si mihi forte Argum vel Euclionem aliquem, unumve aut alterum, in civitate ponas, omnibus aliis diligentiorem, exactiorem, accuratiorem, Qui notare solet.

An revolent mergi, graditur si littore cornix,

non ad eum unquam modum diligentia, atque adeo & culpa, in jure judiciove expendenda consideranda veniet, verum ad communem diligentium patrumfamil. modum: seu ad eum modum *quem hominum natura desiderat*, ut ait Cels. in *d. l.* 32. *D. depos.* Hanc si quis præstet, securus est: etiam tutor, etiam gestor; in quibus alioquin singularis quædam diligentiæ custodiæque species in re aliena administranda, ac proinde & augenda requiritur. Et sic patet, quam male nonnulli confundant velut eundem diligentiæ gradum, diligentiam in suis rebus, & diligentiam diligentis patrisfamil.: Illi enim opposita culpa, *levis* est: huic opposita *levissima* dici potest; de quo *postea*. Ad eum vero diligentiæ gradum, atque adeo levissimam culpam nec quicquam pertinet *lex* 3. §. 1. *D. nautæ caupon.* ubi dicitur, nautam, cauponem, stabularium, qui recepit, OMNI MODO teneri, etiam si sine ejus culpa res periit vel damnum datum est, nisi quid damno fatale contingit. Medium enim quod ibi constituitur inter culpam & casum fortuitum, non est diligentiæ gradus aliquis, verum eo indicatur, eum teneri ex culpa quoque familiæ suæ furtoque, non ex sua tantum culpa. Ad rem. Hæc igitur ista est *diligentia* accuratior, acrior, intensior, quæ velut propria tertiaque *diligentia* species a culpa separatur; non hac tantum l. ubi Harmenopulus eam recte describit, verum ab eodem Ulpiano, quo nemo Interpres melior quærendus est, iisdem ad Sabinum libris, *in l. cum res legata* 47. §. *culpa* 5. *D. de legat.* 1. & libris ad Edictum *l.* 5. §. 2. *D. commodati*: & a Paulo *l. in rebus* 17. *in princ. D. de jur. dot.* quanquam vide quæ de ea lege supra dixi: vel tertia species custodiæ, a dolo & culpa separata, *l. sicut* 19. *C. de pignorib.* Eademque illa est diligentia, cujus mentio fit insuper in *l.* 53. §. 3. *D. de furtis*: in cujus specie agitur de tutore, qui diligentiam præstare debet. Vocatur & addito epitheto aliquo, exactissima diligentia Gajo *in l. socius* 72. *D. pro socio*: Idemque plenius exactissimam diligentiam custodiendæ rei vocat, sic ut non sufficiat cui eandem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire potuit, *l.* 1. §.4. *D. de obligat. & act.* & ex eo §. 2. *Instit. quib. mod. re contr. obl.* ubi loco *exactissima* posuit V. CL. *exactam*, subjectis tamen ibi quæ rem clare explicant. Idem, talem diligentiam, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut eos tantum casus non præstet, quibus resisti non potest, *l. in rebus* 18. *in princip. D. commodati*: Idem dixit, plenam custodiam, & eam diligentiam, sic ut fatale damnum, vel vis magna sit excusata, *l.* 2. §. 1. *D. de periculo & commodo rei vend.* Et ita quidem hic *diligentiæ* quidam & peculiaris gradus constituitur: quod & exactum officium dicitur in *l. re mandata* 21. *C. mandati*, quo scilicet aliena negotia geruntur, id est, geri debent, sic ut necquicquam in administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum sit. (Ubi nonnulli legunt *neglectum*, *aut non declinatum*.) Et hæc tandem diligentiæ species in contractibus nisi adhibeatur, tertiam culpæ speciem constituit: quicquid nonnulli duas tantum culpæ species admittant: Quæ quidem *levissima* culpæ nomine notari potest: Quomodo unico juris textu

tu *leviſſima culpa* mentio fit, non quidem in materia contractuum, ſed in argumento l. Aquiliæ, ab Ulpiano iiſdem ad Sabinum libris in *l.* 44. *D. ad leg. Aquil.* ubi dicitur in *l. Aquilia & leviſſimam culpam venire*. Etſi ſunt qui leviſſimam ibi culpam eandem cum levi accipiunt arg. *l.* 30. §. *ult. l.* 32. *eod. tit.* Eademque diligentia includitur *omnis culpæ* appellatione in *l. a procuratore* 13. *Cod. mandati*, ut recte Cujacius. Eſt ergo hæc tertia & peculiaris diligentiæ ſpecies, exactior ſcilicet quam in rebus ſuis: diligentia, inquam, pariter ut ſuperiores, in faciendo vel non faciendo conſiſtentes. Baronis enim jam ſententia exploſa eſt, qui diligentiæ vocem pro *cuſtodia* ſimpliciter accipiebat: ac proinde de culpa ei oppoſita quæ in faciendo ſit poſita. Hæc illa tandem *diligentia* proprie dicta in octo contractibus hac l. deſignatis ab Ulpiano deſideratur: de quo poſtea. Et ſic quidem de diligentiæ gradibus, culpæque ſpeciebus. Ubi tamen adhuc notandum, *diligentiam* quandoque omni culpæ opponi: ut *l. ſi cum fundum* 68. *D. de contrah. empt.* ubi in ſpec. illius legis dicitur, ſi in lege dictum eſſet. Quod mercedis nomine a conductore venditor exegiſſet id emptori acceſſurum eſſe, in exigendo non ſolum bonam fidem, ſed etiam diligentiam præſtare debere, id eſt, ut non ſolum ab eo dolus malus abſit, ſed etiam culpa. Ex his tandem apparet, quam falſum ſit, quod nonnulli dicunt, in quibus cauſis culpa levis præſtatur, in iiſdem & diligentiam quoque requiri. Quod quidem verum eſt de diligentia quæ reſpondet ſeu opponitur levi culpæ, non quæ proprie ita dicitur.

Sequitur, ut aliquid etiam nunc moneamus de *Cuſtodia*, quae diligentiae utique pars eſt, & ſæpe eadem cum diligentia, cujus in hac materia frequens mentio fit: & ad quam ex contractu teneri quem penes quem res aliena momento eſt, paſſim dicitur, §. 3. *Inſtitut. de emptione*, §. *penult. & ultim. Inſtitut. quib. mod. re contr. l.* 5. §. 5. 6. *D. commod. l.* 13. §. 1. *D. de pignorat. act. l.* 2. *uſufr. quem. cauſ. l.* 52. §. 3. *pro ſocio: l.* 35. §. 4. *de contrah. empt. l.* 1. *in princ.* & §. 12. *depoſiti*: *l.* 1. §. 1. *l.* 2. §. 3. *l.* 3. §. 2. *de periculo & comm. l.* 5. §. 4. *leg.* 17. §. 4. *de praſcript. verb. l.* 14. *in princ.* & §. 1. *l.* 10. 15. 48. §. 4. *de furtis*: inter alias notandae maxime *d. l.* 12. 14. *D. de furtis*, quae ex eodem ad Sabinum libro 29. deſumptæ ſunt. Igitur, *cuſtodiæ* vocem triplici pariter ſignificatu efferri deprehendo. Primo quidem, omnis præſtatio ea voce ſignificatur ab Ulpiano *d. l.* 14. *in princ.* ubi inter alia dicitur, venditorem cuſtodiam ante traditionem præſtare, & a Gajo *l.* 2. §. 1. *D. de periculo & comm. rei vend.* ubi quærit, qualem cuſtodiam venditor vini ante admetiendi diem præſtare cogatur (quam utique præſtare debere definitur *l.* 1. §. 1. *eod. tit.*) utrum plenam, ut & diligentiam præſtet, an vero dolum duntaxat: & definit, eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna ſit excuſata. Secundo, cuſtodia ſeparatur & diſtinguitur a ſolo dolo, *l.* 10. §. 1. *D. commodati*, quæ eſt ex eodem Ulpiani libro 29. ad Sabinum: ubi dicitur, ſi rem inſpectori dederim mea cauſa, dum volo pretium exquirere, dolum tantum mihi præſtari; ſi ejus cauſa, non tantum dolum, ſed & cuſtodiam: Similiter §. *ult. Inſtit. de obligat. ex delicto* dicitur, eum apud quem res depoſita eſt, cuſtodiam non præſtare, ſed tantum in eo obnoxium eſſe, ſi quid dolo fecerit. Poſtremo, cuſtodia opponitur & dolo & culpæ

culpæ & vi majori, ut *l. ficut* 19. *C. de pignoribus:* ubi dicitur, ficut vim majorem pignorum creditor præstare non habet necesse, ita dolum & culpam, sed & custodiam exhibere cogi: item *leg. cum venderet* 13. §. 1. *D. de pignorat. act.* ubi dicitur, venire in eam actionem & dolum & culpam, ut in commodato, venire & custodiam, vim majorem non venire: ut & §. 3. *Instit. de emptione*, ubi definitur, si homo venditus fugerit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenerit, attamen si custodiam ejus usque ad traditionem susceperit, ad ipsius periculum eum casum pertinere. Ulpianus quoque *l. 5. D. commod.* postea quam dixit §. 2. in commodato & culpam præstandam & diligentiam, subjicit §. 5. custodiam plane commodatæ rei etiam diligentem præstare debere. Paulus quoque *l. 3. D. de peric. & comm. rei vend.* ait venditorem talem custodiam præstare debere, quam præstant hi quibus res commodata est, ut diligentiam præstet exactiorem quam in suis rebus adhiberet. Theophilus *tit. de emptione*, hanc custodiam vocat ἀκριβεστάτην καὶ ὑπερβάλλουσαν παραφυλακὴν, *diligentissimam & exsuperantem custodiam:* ut & Græci, ad *l. 2. §. 1. de periculo & comm. rei vend.* φυλακὴν ἀκριβεστάτην, *custodiam diligentissimam*. Ex his apparet, *custodiam* efferri modo pro diligentia omni, modo pro diligentia speciatim dicta, a dolo distincta, modo a dolo & culpa separata. Item apparet, custodiam in omnibus contractibus desiderari, sed diversimode. In deposito quippe ita custodia præstatur, ut intra *custodiam* præstatio omnis includatur: utpote cum eo fine hactenus depositum fiat: Est enim depositum, quod custodiendum alicui datum est, *l. 1. D. depositi: & §. praterea, Instit. quibus modis, D. contr. obl.* Alii contractus, etsi custodiam desiderent, non eo tamen hactenus fine fiunt, resve eo fine datur: in cæteris enim ferme contractibus præter custodiam administratio quædam & gestio requiritur.

Et hactenus quidem de Diligentia & de Custodia: quæ duo etiam aliquando conjunguntur: veluti, cum a Gajo dicitur exactissima diligentia custodiendæ rei, *l. 1. §. 4. D. de obligat. & act.* & ab eodem *l. 2. §. 1. D. de periculo & commod. rei vend.* dicitur custodia plena, ut & diligentiam præstet: & ab Ulpiano *l. 5. §. 5. D. commodati*, custodia diligens: & a Paulo *l. 3. dict. tit. de peric.* custodia a venditore præstari ut diligentiam præstet exactiorem quam in suis rebus adhiberet. Denique Ulpianus *in l. 5. §. 9. D. commodati* παραλλήλως *comparate*, & promiscue ponit custodiam & diligentiam. Nempe enim custodia diligentiæ pars est: imo & custodia quandoque omnis diligentia expungitur, ut Tertullianus aliquis diceret.

Præstructis ita superioribus, veniant nunc sub manum singuli contractus illi, 12. numero qui hac l. memorantur, & quidem eodem quo Ulpianus eos proposuit ordine, quem nonnulli perperam turbant: quidque adeo in singulis præstari veteres Jurisconsulti voluerint; ut ita definiri liquido possit quisnam illorum verborum, seu clausulæ interjectæ, *In his quidem & diligentiam*, sensus sit, quoque ea referri debeat.

Ergo tres contractuum classes, seu species, generaque hic constituit Ulpianus: unam eorum, in quibus dolus duntaxat præstatur: alterum eorum, in quibus dolus & culpa, imo & diligentia insuper: tertium, ubi dolus & culpa tantum. Primi generis, seu in prima classe ponuntur duo, Depositum & Precarium. De singulis ordine.

2. In

1. In DEPOSITO igitur, dolum malum duntaxat seu solum præstari solere a depositario, definitur *h. l.* & *l.* 1. §. 8. *& ult. l.* 13. §. 1. *l.* 16. 20. 32. *D. depositi: l.* 17. §. *Papinianus, D. de præscr. verb. l.* 1. *C. depositi* (quæ ex Codice quoque Gregoriano refertur ab auctore collationis legum Mosaicar. *tit.* 10. *l.* 7.) *l.* 1. §. 5. *D. de obligationib. l.* 9. §. 1. *D. de duobus reis: l.* 5. §. 2. *D. commodati: l. cum qui* 14. §. 3. *D. de furtis* (quae ex eodem ut jam monui Ulpiani ad Sabinum libro desumpta est) §. *præterea* 3. *Instit. quib. mod. re contr. oblig.* His adde Modestini, Pauli in Sententiis, Diocletiani & Maximiani leges, apud eundem patiatorem legum Mosaic. *tit.* 10. At non etiam culpam præstat depositarius, ut Modestinus, *d. loc*: & Justin. §. *præterea*, *Instit. quib. mod. re contr. oblig.* seu non tenetur culpæ nomine, id est, desidiæ aut negligentiæ, ut *d.* §. 3. Quare, etsi rem negligenter custoditam depositarius amiserit, securus nihilominus est, istiusque negligentiæ seu ἀθυμίας ἢ ἀμελείας *ignavia & negligentia* quomodo culpam Theophilus exprimit, nomine, non tenetur, *d. l.* 1. §. 5. *D. de oblig. & act.* Denique non præstat custodiam, §. *sed is*, *Instit. de oblig. quæ ex delicto*. Quod mirum videri posset: quandoquidem nil tam proprium est deposito, quam custodia; est enim depositum, quod custodiendum alicui traditur: verum meminisse oportet, quod supra prolixe ostendimus, custodiam, hic pro culpa accipiendam, & pro diligentia.

Et his tamen non obstantibus, quod depositarius dicatur duntaxat vel tantum dolum præstare, item non obstante eo quod expresse negatur, in deposito culpam vel custodiam, levem scilicet, nam id ita accipiendum, præstari; ut cæteroquin lata culpa sub dolo comprehenditur, de quo supra, ita & depositarius de lata etiam seu de latiore culpa tenetur, *d. l. quod Nerva* 32. *D. depositi: & d. l.* 1. §. 5. *D. de obligat. & action.* §. *is quoque*, *Instit. quib. mod. re contrah. l.* 1. *C. depositi:* seu de magna negligentia, quæ in doli crimen cadit *dict. l.* 1. §. 5. Et hac tamen parte inter se JCti veteres aliquando dissensere, ejusdem licet sectæ, Proculiani, inquam: Nerva quippe id ita censebat, quem secutus est Celsus: Proculus negabat, iis procul dubio rationibus quas mox reddam, præfracte acceptis. Qua ipsa etiam ratione quidam e JCtis, in societate quoque videntur dolum tantum exegisse, ut colligitur ex *l.* 52. §. 2. *l.* 72. *D. pro socio: &* §. *ult. Instit. de societate*. Ergo de lata culpa quoque tenetur depositarius; quæ admittitur, si depositarius in suis rebus *curam* in deposito non ad suum (saltem) modum præstet, nec enim salva fide (quæ solennis in Judice quoque rogando formula olim usurpata, teste Cicerone, *lib.* 3. *Offic.* ita *qua salva fide facere possit*) minorem alienis quam in suis rebus diligentiam in custodiendo deposito præstat, *d. l.* 32. *Exempla* hujus latæ culpæ jam supra apposui, & quidem in deposito. *Ratio* autem, cur dolum tantum & latam culpam præstet depositarius, isthæc redditur ex parte depositarii, quia nulla in deposito, depositarii, sed solius domini deponentis utilitas vertitur: quam rationem & regulam reddunt & indicant idem Ulpianus in *d. l.* 5. §. 2. *D. commod. l.* 1. §. 8. *D. depositi*: Papinianus seu Ulpianus in *l.* 17. §. 2. *in fin. D. de præscr. verb.* Modestinus, apud auctorem coll. *dict. tit.* 10. sed & Africanus eam rationem & distinctionem adhibet *l. si servus* 108. §. 12. *D. de legat.* 1. Neque sua gratia depositum accipit, sed ejus a quo accipit, *dict. l.* 1. §. 5. denique in suscipiendo deposito nulla mercede depositarius beneficium præstat, *l.* 24. *D. depositi*: ipseque onere gravatur, rei videlicet custodia suscepta. ut

Scholiastes Harmenopuli & Theodorus Hermopolites *ad hanc leg.* ut proinde minus teneri eum æquum sit, cui nihil in hoc contractu seritur, neque metitur, sed beneficium unice præstat. Redditur & hæc altera ratio ex parte deponentis petita, de se queri debere eum qui *negligenti* amico rem custodiendam commisit, *d. l.* 1. §. 5. *de obligat. & action.* §. 2. *Instit. quibus mod. re contrah. obl.* Ergo satis superque est, si depositarius bonam fidem præstet, si eam curam & custodiam præstet in deposita re quam in suis. Quod *exceptiones* attinet, quibus depositarius ultra dolum, latamque culpam quandoque tenetur, iis hunc tractatum onerare minus lubet, ne modum egrediamur: quod & ipsum faciemus in aliorum contractuum consideratione. Tandem notandum, deposito hac in re æquari, si dominus rem suam alicui inspiciendam dedit, pretii scilicet explorandi causa, idque sua tantum causa, isque eam rem perdiderit, *l.* 17. §. *Papinianus, de præscr. verb.*

2. PRECARIUM in eadem cum deposito classe hic ponitur: eique adeo exæquatur. *Precarium* est, cum quid precibus petenti conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit, patitur, *l.* 1. *D. de precario*. Quid, inquam, puta res ferme immobilis, jusve aliquod, aut res precantis propria (veluti pignus a se datum) vel servus aut ancilla: Quod utique liberalitatis genus est, & donato simile, ut Ulpianus hoc eodem libro ad Sabinum ait, in *l.* 14. §. *is qui* 11. *D. de furt.* & *lib.* 1. *Instit. l.* 1. *D. de precario*: imo & commodato simile dicitur, quanquam ab utroque distet, *d. l.* 1. & quidem ab hoc distinguitur in præstationum argumento, de quo mox. Denique non est hic verus contractus, sed quasi, qua tamen ratione inter contractus *h. l.* collocatur. Ergo in precario (pariter ut in deposito) nonnisi dolus præstatur: ut præter hanc leg. testatur idem Ulpianus *d. l.* 14. §. 11. *& l. quæsitum* 8. §. 3. 5. *&* 6. *D. de precario*. Exemplum doli hac in re Ulpianus *d.* §. 5. apponit: si is qui precario rogavit, servitute usus non sit, idque dolo fecerit. Adde, pariter ut in deposito, & latam culpam dolo proximam, *d. l.* 8. §. 3. 5. 6. *D. de precario*. At non etiam culpa præstatur in precario: cui contrarium tamen dicendum videbatur: duplici ratione. Primo, quia precarium commodato, ut dixi, simile est, *d. l.* 1. *D. de precario*: Deinde ex distinctione illa veterum, quia solius accipientis utilitas in precario vertitur. Et id tamen ita constitutum: Cujus rei ratio l. hac ab Ulpiano redditur; quia totum hoc scilicet precarium ex *liberalitate* descendit ejus qui precario concessit, ut proinde satis sit, si dolus præstetur, *l.* 8. §. 3. *D. de precario*; cui concordat, quod precarium ad beneficii causam spectare dicitur: ad donationem potius accedere, quam ad contractum: magis ad donationis & beneficii causam quam ad negotii contracti spectare precarii conditionem, *l.* 14. §. *is qui precario* 11. *D. de furtis*: ex bona fide magis quam ex negotio contracto. *d.* 2. *D. de precario*: denique donato seu donationi simile esse: nam, ut donatio non est contractus, seu civilem obligationem non parit *l.* 18. *D. de donat.* ita nec precarium, *l.* 14. §. 11. *D. de furtis*, quæ ex eodem Ulpiani libro desumpta est: cujus ideo nomine incerti condictio competit, seu actio præscriptis verbis, *l.* 2. 19. §. *ult. D. de precario* 2. Alii hanc rationem reddunt, quod in precario, concessa seu donata tantum per possessio intelligatur, *l.* 15. §. *eum qui* 4. *& aliis legib. tit. de precario*; cæterum in rei propriæ administratione culpa a nemine exigi debet, *l.* 18. *D. soluto matr.*

matr. l. 21. *C. mandati:* & ut vir doctus id effert, reposcere culpam non satis custoditæ rei precariæ liberalitati repugnat, ex qua precarium proficiscitur, cum nemo alteri cogatur reddere rationem negligentiæ a se servatæ rei suæ vel donatæ.

Aliis, ut Campano, hæc ratio placet, quod quemadmodum qui precario dedit, in ea commoditate largienda liberalis extitit, is idem in culpa remittenda liberalis præsumitur. Quæ ineptissima ratio est. Aliis hæc ratio placet, quod nulla prope sit utilitas ejus qui precario rogavit, cum instabilis precarii usus sive possessio sit; quandocunque enim & intempestiva revocatione precarium per dominum rei revocari potest, *l.* 1. *in princ. l.* 2. §. 3. *l.* 12. 15. *in pr. D. de precar.* In quo sane cum deposito convenit, *l.* 1. §. *est autem*, *D. depositi: l. pen. C. eod.* Aliter atque in commodato, cui alioquin ut dixi, precarium simile est: nam & commodatum beneficii genus est. *l.* 17. §. *sicut autem*, *bis*, *D. commodati:* & usus alienæ rei in eo versatur, *tit. commodati passim:* In eo quippe, ut primæ dubitandi rationi occurratur, simile commodato dicitur, quod & qui rem commodat, sic commodat, ut rem accipientis non faciat, sed ut uti ei re commodata permittat, ut dicitur *d. l.* 1. *in fin. de precario: l.* 8. *cum seqq. D. commodati*. Denique, utrumque gratuitum est, §. *item is*, *Instit. quibus modis re contr. obl.* Verum in eo dissimile est precarium, quod commodatum ad certum usum modumque utendum contractu habito datur: quoque nonnisi finito res repeti potest per dominum, *l.* 17. §. *sicut*, *D. commodati*: *l.* 2. *Cod. eod.* seu certos habet terminos seu limites, qui semel constituti voluntate commodantis, mutari non possunt. Precarium vero nullos ejusmodi habet limites. Quare nil mirum, si in precario dolus tantum lataque adeo culpa præstentur, cui possessio seu usus ejus adeo instabilis sit, atque in momenta revocabilis ad nutum domini: ut æquum non sit, ulterius eum prægravari, cujus momentanea adeo possessio est: *Satisque* adeo *sit*, si dolus tantum præstetur, ut loquitur *d. l.* 8. Ut maxime (quæ altera dubitandi ratio proponitur) fatendum sit, in precario solius accipientis utilitatem verti: Quinimo & sibi imputet dominus, qui quod poterat, non aliquo civilis negotii seu contractus vinculo alium commodato forte postulantem adstrinxit, vel etiam a negligente possessore quod poterat non citius tempestivius rem revocavit. Ergo jam in precario fallit distinctio seu regula, culpam quoque præstari quoties accipientis solius utilitas vertitur, quæ alioquin proponitur vel indicatur tot locis: a Papiniano *l.* 17. §. *Papinianus*, *D. de præscriptis verbis*: a Gajo, *l.* 1. §. 5. *D. de oblig. & action. l. in rebus* 18. *in princ. D. commodati*: ab Ulpiano, *l.* 5. §. 2. *D. commodati*: ab Africano, *l. si servus* 108. §. *cum quid* 12. *D. de legat.* 1. ab Alfeno sive Paulo, *l.* 31. *in fin. D. locati*: a Modestino apud pariatorem, *tit.* 10. *l.* 1. a Justiniano, *tit. quibus modis re contr. oblig.*

Verum hæc ratio, ut & pleraque superius dicta mihi nondum satisfaciunt, neque rem in bono satis lumine collocant. Sane Ulpiani rationi adhærendum, in *d. l.* 14. §. 11. *de furtis*, quæ huic coniungenda est, ut & secundæ quæ ab Interpretibus redditur, sed quas ita evolvo. In precario ideo dolus duntaxat præstatur, eo quod hæc liberalitas sit seu donatio: qua scilicet possessio rei datur, donatur, *l.* 15. §. *cum qui*, *D. de precario*, conceditur (qua quidem etiam in re *concedendi* vox propria est *l.* 1. *in princ.* & §. 2 *l.* 4. *in fin. l.* 6. §. 4. *l.* 7. 8. §. 3. *l.* 12.

§. 1. *de precario: l. 1. §. 11. de itinere actuque priv. l. 163. infr.*) etsi non perpetuo jure habenda (precario enim id opponitur) attamen proprio interim quodam jure: precarium enim conceditur possidendum FIDEIQUE rogantis committitur, sic ut re tanquam sua qui precario habet, interim utatur, eamque possideat. Quare ab eo culpa exigi non debet, non potest, cum res ejus sit interim quodam modo: sed dolus tantum, quia reddendi conditio ei inest. Nam etsi rogantis arbitrio res utenda possidendaque conceditur, attamen ex fide bona oritur precarium, *l. 2. §. 2. D. de precario:* quæ in omnibus contractibus quibus vitæ societas continetur, præstanda est: de quo jam supra: Neque is qui precario rogavit, eo animo possessionem nanciscitur, ut credat se dominum esse, *l. 13. §. 1. de Publiciana*. Eadem proinde hic ratio, quæ in deposito, quod in utroque res in totum *fidei* arbitrioque accipientis deposita vel precario data committatur, concedatur.

Et ita quidem de prima contractuum classe seu specie, in quibus dolus tantum, quæque illi comparatur lata culpa præstanda veniunt. Sequantur nunc duæ aliae classes contractuum. Ac primo quidem eorum, in quibus præter dolum, latamque adeo culpam, *culpa* (levis scilicet) præstatur, imo & diligentia: nam eo pertinet generalis clausula, quæ *h. l.* post enumeratos quosdam contractus mox subjicitur, *In his quidem & diligentiam*. De qua nunc accuratius videndum est, quandoquidem de ejus sententia plurimum æstuant Interpretes: imo & de lectione ejus. Pandectæ Florentinæ sane, ita, ut modo dixi, clare habent: At vulgatæ, LOCO QUIDEM, habent, QUIDAM: ut hic hujus clausulæ sensus sit, quæ post recensum octo contractuum subdita est, quosdam tantum ex illis diligentiam recipere, seu in iis diligentiam præstari. Alii hac voce QUIDAM quorundam antiquorum opinionem referri autumant; quomodo eadem vox eodem fine occurrit *in l. lecta, D. de reb. cred.* Alii hunc locum ita refingunt, *In quibusdam & diligentiam hos contractus recipere*, quasi id indicetur, non quosdam, non omnes contractus diligentiam recipere, verum quandoque, certisque casibus in illis diligentiam requiri. Qui, vocem *quidam*, & quidem ad vocem *contractus* relatam tuentur, in varias adhuc scinduntur sententias. Sunt, qui ad solum commodatum id referunt: Male omnino: aperte enim JCtus de pluribus sensit contractibus; IN HIS, inquit, idque tot etiam aliis juris textibus refragatur, ubi in aliis quoque contractibus diligentia requiritur, ut postea ostendetur. Alii, in quibus & Cujacius, hanc clausulam restringunt ad quatuor contractus, commodatum, mandatum, negotiorum gestionem & tutelam. Alii ad tria priora, non ad tutelam: Alii, ut Scholiastes Harmenopuli *ad hanc regulam*, ad mandatum, commodatum & tutelam. Alii ad duo, mandatum & commodatum. Putaret quis, nisi omnis juris ratio obstaret, longe probabilius ex filo orationis, hanc clausulam pertinere ad tres tantum postremos contractus ultimo loco nominatos, enumeratos: quandoquidem, ubi ad eos ventum est, nova periodus ita concipitur: ITEM *dotis datio tutela & negotia gesta*: quibus ilico subjiciuntur hæc, IN HIS *quidem & diligentiam*. Verum prava hæc omnia sunt: nam ut postremam conjecturam primo loco convellamus, non in illis tribus tantum, sed & in aliis diligentiam, seu levissimam culpam leges aperte præstari volunt. Quod alias vero Interpretationes illas attinet, quibus ad quosdam tantum ex superioribus contractibus,

bus, hæc Ulpiani clausula restringitur, id precario dici mox per singula ostendemus. Neque ad rem facit, quod Campanus ait *num*. 86. Ulpianum hic non confectatum, quinam contractus essent ii, qui diligentiam quoque exposcerent, sive quod in ea re non esset deliberatus, sed perplexus, sive quod alibi esset expressurus. Eccur enim Ulpianus, sua vagaque relatione, indefinitaque oratione, divinandum nobis reliquisset in tam accurata prolixaque regula, ad quosnam e superioribus contractibus hæc clausula pertineret, hancque adeo crucem fixisset? Retinenda igitur lectio Florentina. *In his quidem & diligentiam*: sic ut generalis hæc clausula sit ad omnes octo superiores contractus secundo loco seu gradu enumeratos pertinens: Cui rei argumentum præbet fortissimum, quod post illos octo recensitos, immediate ante tertiæ classis contractus, hanc clausulam Ulpianus subjecit, & quidem verbis perspicuis & relativis ad illos: IN HIS, inquit &c. ut ita superiores ab his, ceu arcifinia quadam clausula, & velut intergerino pariete, distingueret. Nempe, cum *primo* recensu & periodo contractus illos nominasset, in quibus dolus tantum præstatur, puta depositum & precarium, mox secundo loco subjecit *secundam classem* contractuum, qui dolum & culpam reciperent: Dum ibi est, post recensitos nonnullos ex his, antequam ad alios pergeret, quorum alia & peculiaris ratio est, clausulam ad superiores omnes pertinentem subjecit: qua jam *subdistinctio* quædam fit contractuum dolum & culpam recipientium, nempe alios, dolum & culpam simpliciter recipere, qui ultimo demum loco seu classe nominantur, alios dolum & culpam & diligentiam insuper recipere, cui rei clausula illa subjicitur & subservit. Et hæc quidem ita Ulpianus hac regula seu lege libris ad Sabinum, cui tamen libris ad Edictum alia in nonnullis sententia placuit. Et vero ita quoque hic Græci & Harmenopulus, *ειπων ουν οτι επι τουτοις και ραθυμια απαιτειται, αλλα και διλιγεντια, ητοι μεγαλη επιμελεια, και οσην ο επιμελεστατος επιδεικνυται dicens igitur, quod inijlis & ignavia reposcatur, sed & diligentia, sive magna cura, qualemque diligentissimus quisque ostendit*. Ergo Ulpiani mens fuit *h. l. in his*, octo scilicet, negotiis superius nominatis contractus *diligentiam recipere*: nam hæc vox *απο τε κοινε a communi* ibi repetenda. Nam quod ad primam quoque classem hanc clausulam nonnulli suo sensu referunt, id ferri non potest. Nam *diligentia*, de qua hoc loco agitur, ea clare opponitur dolo & culpæ. Nunc igitur de singulis illis octo contractibus videamus, ut ita liquere possit, ad eos omnes hanc Ulpiani clausulam ex ejus sententia his ad Sabinum libris & *hac* quidem *l.* pertinere.

1. MANDATUM igitur primo loco memoratur, in quo dolus & culpa præstari dicitur: Mandatum, inquam, seu mandati susceptio, quoties, videlicet, roganti domino accurandæ alicujus rei sine mercede fides datur, officiumque adeo præstatur. In hoc igitur contractu a mandatario dolus & culpa præstari dicitur ab Ulpiano *h. l. & l.* 8. *&c. D. mandati*: & ab Imperat. *l.* 4. 11. *l. a procuratore* 13. *l. in re* 21. *Cod. mandati*: & a Modestino apud pariatorem, *tit.* 10. loco alioquin corrupto, quem ita restituo: *In mandati vero judicio domini solius non procuratoris utilitas in administratione versatur*. Imo & diligentia: Nam eo quoque pertinet clausula illa, *In his quidem & diligentiam*. 2. Et certe hæc ipsa fides & diligentia

tia a procuratore fisci exigitur, *l. 3. §. 5. D. de jure fisci*. 2. Omnisque culpa, excluso tantum casu improviso, i. fortuito, praestari in mandato dicitur, *d. l. 13. Cod. mandati*. 3. & Constantinus *in dict. l. 21*. ait, aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse. Ait, *exacto officio*; quod idem valet quod exactissimo; quomodo & exacta & exactissima diligentia custodiendae rei in commodato praestari dicitur a Gajo *l. 1. §. 4. D. de oblig. & act.* & exinde §. 2. *Instit. quibus mod. re contr.* exactior diligentia & custodia quam in rebus suis praestari in vendito, a Paulo *l. custodiam 3. D. de peric. & commod. rei vend.* Inquies, in Ulpiani *l. 8. §. ult. D. mandati*, mandatarium nonnisi de dolo & lata culpa teneri. Responsio parata; in mandato, quod ibi proponitur hominis emendi, mandatum negligi nonnisi dolo vel lata culpa: Aliter atque si ex mandato servus emptus fugit: tum enim, non dolus tantum, sed & culpa (levis scilicet) praestatur, eo ipso §. *ult.* Dices secundo, in Ulpiani *l. 10. D. mandati*: si procurator fundum emit, nihil amplius quam bonam fidem praestare eum oportere qui procurat. Facilis responsio: non alio scilicet sensu id dicitur, quam quomodo eodem tit. a Paulo, *l. 59. §. 1. D. mandati*, in omni contractu bonam fidem praestari oportere. Quousque autem bona fides haec sese porrigat, id ex natura contractus cujusque dimetiendum est. Tertio objicies, eundem Ulpianum libris disputationum in sp. *l. si fidejussor 29. in princ. D. mandati*, asserere, dissolutam tantam negligentiam praestari. Obvia responsio, & similis cum priore; nempe, factum, de quo ibi agitur, non esse tale ut industriam requirat, & nonnisi dolo aut per dissolutam negligentiam admitti, atque adeo nonnisi tum plecti: puta si fidejussor conventus sciens praetermisit exceptionem doli, vel non numeratae pecuniae: si ignoravit, nihil est quod ei imputetur. Imo & *in §. 4. ejusdem l.* fidejussor quaedam tametsi sciens omittere sine fraude potest: ut puta si procuratoriam exceptionem omisit, sive sciens sive ignorans: de bona fide enim agitur cui non congruit de apicibus juris disputare: sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne. Quarto objicies, quod Paulus scribit *in l. naturalis 5. §. 4. D. de praescript. verb.* mandatum naturam suam excedere, si mandetur, ut & custodiam mihi praestes. Verum id non est accipiendum de culpa levissima, quod Accursius putavit; verum, quod Cujacius recte, loci hujus sensus idem est, qui legis 1. §. *quod si rem* 12. *D. depositi*: si tibi mandavi, ut rem meam perferres ad Titium, & Titio eam non recipiente, eam mihi custodires, Titiusque eam non receperit, teneri te mihi mandati, non depositi: & sic ex pacto mandatum posse etiam depositi legem recipere, & causam, & sic naturam suam egredi, ut depositum suam naturam egredi potest *l. Lucius, D. depositi*: locatum, suam, *l. in nave, D. locati*. Adde & similem alteram custodiae legem in mandato, *eadem l. 1. §. 13. proxime seq. depositi*.

Hactenus objectiones ex legibus petitae, quibus videbatur effici, in mandato nonnisi dolum & culpam latam praestari oportere. Rationibus quoque pugnatur: Primo, quod in mandato solius mandantis, ut plurimum, utilitas vertatur (nam de eo mandato hic agimus) ut in deposito deponentis, ubi tamen dolus tantum lataque culpa praestantur. Secundo, quod is qui mandatum suscipit, beneficium & officium praestet: atque ideo aequum non sit eum praegravari, eique officium suum damnosum esse,

se, quod utique fieret: si ad tam exactam diligentiam culpæque gradum teneretur: Imo dic, quæ *Ratio* hic decidendi est: depositum in sola fide *amici* alicujus, velut alterius sui, delecti consistere, cui rei suæ *custodiam* committit: cujus non alius modus est, quam is ipse quem rebus suis amicus adhibet. At qui mandatarium deligit, non jam velut amicum tantum, sed ut *peritum* agendi, gerendi, ad curandi deligit, vel admittit sese offerentem: proinde mandati *fides* adimpleri nullatenus potest, nisi exacta prout res est diligentia, quam omnem in se recepisse una cum mandato videtur: & in mandato suscipitur onus officii, omnisque adeo turpis in eo culpa est, quod duas res sanctissimas violat, non amicitiam tantum, sed & FIDEM, ut recte Tullius *pro Sex. Roscio*, insigni admodum loco, ubi hanc in rem plura: & ut Comicus in Mercatore ait; *Rei mandatæ omnes sapientes primum prævorti decet*: *Prævorti*, i. potiorem & antiquiorem esse mandatis rebus quam pro priis curam adhibendam, quæ vox *prævorti* eo sensu passim apud eundem occurrit. Denique, qui mandatum suscipit, fidem plenissimam & accuratiorem spondere creditur, eaque re dominum de alio forte diligentiore quærendo securum esse jubet. Qua ipsa ratione, si quis se deposito non rogatus obtulerit culpam & custodiam præstare tenetur, *l.* 1. §. *sæpe* 35. *D. depositi.*

Ex hoc interim quoque exemplo Ulpianique mente apparet, quam fallax sit regula sive distinctio, in his contractibus qui unius tantum gratia fiunt, dolum tantum præstari, de qua jam supra, quæque alioquin continetur *l.* 5. §. *nunc videndum* 2. *D. commodati: l.* 108. §. 12. *D. de legat.* 1. *l.* 31. *locati*: & apud Modestinum referente pariatore, *d. tit.* 10.

2. COMMODATUM mandato proxime subjicitur: inque eo dolum & culpam pariter præstari dicitur ab Ulpiano, *hac l.* & tribus præterea ejusdem legibus: puta *l. si ut certo* 5. *D. commodati*: *l.* 8. §. 3. *D. de precario*: *l.* 13. §. 1. *D. de pignorat. act.* ubi etiam pignori hac in re exæquatur. Imo in commodato *diligentiam* quoque præstari, clausula illa generali, *In his & diligentiam*, huc quoque pertinente, indicatur. 2. Et profecto custodia in commodato præstari dicitur ab eodem Ulpiano eod. lib. 29. ad Sabinum, *d.l.* 4. §. 10. 15. *D. de furtis*: 3. custodia diligens, ab eodem *d. l.* 5. §. 5. *&* 9. *D. commodati*: 4. custodia & diligentia rei commodatæ a Paulo, 2. *sentent.* 5. custodia & diligentia exactior quam in rebus suis a Paulo, *in leg.* 3. *D. de periculo & commodo rei vend.* 6. exactissima diligentia custodiendæ rei, a Gajo *l.* 1. §. 4. *D. de obligat. & action.* pro quo habet §. 2. (qui exinde desumpta est) *Instit. quib. mod. re contrah. obligat. exacta*, quod idem valet: neque ibi vox *exactissima* substituenda, quod Hotomannus voluit, ex libro MS. uti retro, non admitto responsionem cujusdam, pro tuenda lectione vulgata, perpendentis ibi vocem SANE: *sane quidem exactam diligentiam*, pro valde: quomodo idem *id leg.* 5. §. 1. custodiam plane diligentem, diligentissimam interpretatur, quasi articuli *sane*, & *plane* addant & augeant gradum. Quod insubium est; 7. culpa & diligentia, ab eodem Ulpiano *d. l.* 5. §. 2. *in fin. D. commodati*: 8. culpa & omne periculum, *dict. l.* 5. §. 2. *in princ.* 9. Sic, ut non sufficiat eam adhibere diligentiam quam suis rebus adhibet, si alius diligentior ἕτερος ἐπιμελέστερος custodire potuit, *d. l.* 1. §. 4. *D. de obligat. & action. & d.* §. 2. *Instit.* 10. Denique ea diligentia requiritur,

ritur a Gajo, qualem quisque diligentissimus paterfamil. adhibet, *l. in rebus* 18. *in princ. D. commodati*: 11. a Paulo certe exæquatur in eo, vendito, *d. l.* 3. *D. de periculo*: ut ab Ulpiano pignori, *d. l.* 13. §. 1. *D. de pignor. action.* Et alibi idem Ulpianus plus in commodato quam in vendito pignoreque præstari ait, veriorem Q. Mucii in eo sententiam secutus, lib. 28. ad Edictum, in *d. l. si ut certo loco* 5. §. 2. *in fin. D. commodati*: in his duobus quippe culpam tantum præstari ait: in commodato vero culpam & diligentiam. Et contra tamen idem plus in pignore exigere videtur lib. 38. ad Edictum in *d. l.* 13. §. 1. *D. de pignor. act.* cum scribit, *venire in actione pigneratitia & dolum & culpam, ut in commodato: venire & custodiam.* Verum, verba illa, *ut in commodato* medio loco posita non minus referri possunt ad postrema illa *venit & custodia*, quam ad priora. Ergo est ubi Ulpianus hac in re contrarius sibi fuit: & Jurisconsulti inter se dissensere, ut apparet ex *d. l.* 5. §. 2. Quomodo & dissensus fuit, in eo casu, quo commodatum utriusque gratia fit: nam apud quosdam scriptum inveniebatur, dolum solum eo casu præstari: contra Gajus in *l.* 18. *in fin. princ. D. commodati* æstimationem fieri solere ait, ut in rebus pignori datis & in dotalibus. Ulpianus sane noster *in l.* 5. §. 10. *D. commodati*, solum dolum præstari ait si sua causa quis commodet.

Ergo plus aliquid in commodato præstari voluit Ulpianus, quam in pignore aut vendito; libris videlicet ad Edictum: contra, libris ad Sabinum, & hac quidem lege, hos contractus exæquat, telata etiam clausula illa, *In his & diligentiam*, ad omnes illos contractus. Ad rem. Ergo culpa & diligentia in commodato præstatur. Cujus rei ratio redditur ab Ulpiano *d. l.* 5. §. 2. *D. commodati*; quod commodatum plerumque, id est regulariter, solam utilitatem continet ejus cui commodatur. De solo igitur periculo casus fortuiti non tenetur commodatarius: periculo, inquam, casus fortuiti. Alio quippe sensu, ut objectioni occurram, præter culpam, omne periculum ad eum pertinere dicitur *d. l.* 5. §. 2. *in princ. D. commod.* ut & ad ejus heredes, *l. & non tantum* 19. *in princip. D. de hered. petit.* vel in commodato, commodatarii periculo rem alienam esse, ab eodem Ulpiano hoc ipso libro ad Sabinum in *l. eum qui emit* 14. §. *qualis ergo* 16. *D. de furtis*: id enim non de periculo casus fortuiti, ut putabat Cujacius, accipiendum est, verum de custodia & diligentia, deque præstatione ex fide bona: cujus etiam periculi varii gradus sunt, ut ex recensu trium contractuum *d. l.* 19. liquet. Verum de hac *periculi* appellatione jam supra plene.

3. VENDITUM sequitur proxime post Commodatum & Mandatum: interque eos contractus recensetur, qui dolum & culpam recipiunt. In re scilicet vendita post perfectam venditionem, neque dum tradita, dolum & culpam a venditore præstari definit *h. l.* Ulpianus, idemque *l.* 5. §. 2. *commodati*: idemque, §. *cum autem* 3. *& prox. Instit. de emptione*: ubi dicitur, quidquid sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditorem securum esse, neque custodiam (quam Theophilus ibi interpretatur *την ακριβεστατην και υπερβαλλυσαν παραφυλακην diligentissimam, & exuperantem custodiam*) servi forte, debere, nisi eam promiserit. Et tamen 1. Ulpianus diligentiam in hoc contractu requirit hac generali clausula, *In his quidem & diligentiam*. 2. Et sane idem Ulpianus hoc ipso libro 29. ad Sabiuum, in *l.* 14.

in

in princ. & §. 1. D. de furtis, custodiam venditorem ante traditionem præstare ait. 3. Idemque Ulpianus libro proxime præcedente 28. ad Sabinum, *in l. 1. §. 1. D. de periculo & comm. rei vend.* pariter venditorem custodiam præstare debere ait. 4. Custodiam & diligentiam præstare Paulus *l. 36. D. de action. empti:* sic ut venditor ad custodiam & diligentiam exactiorem teneatur quam in rebus suis: custodiaque talis desideretur, qualem bonus paterfamil. suis rebus adhibet, quam si præstiterit, & tamen rem perdiderit, securus esse debet. 5. Gajus quoque *l. 35. §. si res 4. D. de contrah. empt.* custodiam plenam & diligentiam præstet. 6. Solo fatali damno vel vi magna excepta, ut idem Gajus *l. 2. D. de periculo & commodo rei vendit.* ubi Græci recte vertunt *φυλακην ακριβεστατην Custodiam accuratissimam* 7. Custodiam talem, qualem præstant hi quibus res commodata est, sic ut diligentiam præstet exactiorem quam in suis rebus adhiberet, ut Paulus *lib. 5. ad Sabinum l. custodiam 3. eod.* 8. Diligentiam in re custodienda quam debent homines frugi & diligentes præstare, ut Alfenus Varus *l. 11. eod.* 9. Id quod prudens & diligens paterfam. facturus esset, *l. 54. D. de actione empti.* Custodiæ porro & diligentiæ hujus pars esse dicitur in venditore ædium, damni infecti stipulationem interponere, a Paulo in *d. l. venditor 36. de action. empti:* & ab eodem *in l. 18. §. 8. 9. D. de damno infecto:* ubi ait exerte, dum venditoris custodia est, eum stipulari debere, omnemque diligentiam emptori præstare. Et contra tamen, idem Ulpianus libris ad Edictum in *d. l. 5. §. 2. D. commodati*, diligentiam in vendito non requirebat, & in eo a commodato separabat: adsumpta pro ratione regula, quia in hoc contractu utriusque utilitas vertitur: ut & Labeo, in *l. fi. servus 54. seu penult. D. de action. empti*, ad dolum malum duntaxat & culpam venditoris dirigendam rem ait. Ergo hac in re variavit Ulpianus.

4. PIGNORI acceptum in eodem contractuum censu in quibus dolus & culpa præstatur, ponitur ab Ulpiano *hac l.* quod & ipsum definitur *l. 5. 6. 7. C. de pignor. act. l. sicut 19. C. de pignorib.* ab eodem Ulpiano iisdem libris ad Sabinum *l. 14. §. 6. D. de furt.* libris ad Edictum: puta *l. 5. §. 2. D. commodati: l. si cum venderet 13. §. 1. l. 25. D. de pignor. act. l. 9. §. 5. D. de reb. auct. jud. poss.* a Paulo, *l. 30. de pignor. act. & §. 5. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* 1. Neque tamen solum dolum & culpam (levem scilicet) sed & custodiam in pignore creditorem exhibere cogi ait Imp. in *d. l. sicut 19.* 2. Et Ulpianus noster *lib. 38.* ad Edict. in *d. l. si cum venderet 13. §. 1.* in actione pignoratitia venire & dolum & culpam ut in commodato; venire & custodiam. 3. Idemque *lib. 30.* ad Edict. *in l. 22. in fin. D. de pignor. act.* id spectari vult in creditore, si sine dolo & culpa, & ut paterfamilias diligens gesfit. 4. Et Paulus in *l. 14. D. de pignor. act.* diserte in pignore exigi a creditore ait ea quæ diligens paterfamilias suis in rebus præstare solet. 5. In *l. 8. Cod. de pignor. act.* culpam & segnitiam in pignore spectari dicitur: ubi segnitia est *αργια inertia*, cum non accurate; omnia fiunt geruntur. 6. Et vero hæc ipsa quoque Ulpiani mens fuit *h. l.* hac generali clausula subdita, *In his quidem & diligentiam*. Et Gajus tamen in *l. 18. in princ. D. commodati* in contraria sententia fuisse videtur, ubi & pignus cum rebus dotalibus comparat, culpæque æstimationem sicut in rebus dotalibus fieri ait. Quomodo & ipse Ulpianus *lib. 28.* ad Edictum comparat *l. 5. §. 2. D. commod.* cum dote, dolumque & cul-

culpam in his præstari ait: aliter atque in commodato, ubi diligentiam insuper requirit. Ea ratione, quia in hoc contractu utriusque utilitas vertitur. Et Modestinus pariter apud pariatorem legum Mosaic. *tit.* 10. *l.* 1. fiduciam & rem uxoriam adæquat, & in hac actione dolum & culpam deduci scribit: eadem ratione seu regula juris, quia utriusque utilitas in eo intervenit. Quid Justinianus? §. *ult. Instit. quibus modis re contrah. oblig.* eadem semper ratione ait, placuisse sufficere, si ad rem pignori acceptam custodiendam exactam diligentiam (πολλὴν ἐπιμέλειαν περὶ τὴν αὐτῆ παραφυλακὴν *multam diligentiam ad ejus custodiam* vertit Theophilus) creditor adhibeat: quam si præstiterit, & aliquo fortuito casu amiserit, securum esse. Quo loco *exacta diligentia*, est diligentis patrisfamilias pariter ut §. 2. *eod. tit.* Neque adsentiendum Cujacio 19. *obs.* 4. & recit. ad *d. l. sicut* 19. *Cod. de pignorib.* qui ita distinguebat: nempe, ut si pignus tantum creditoris gratia contrahatur, cum videlicet debitor ultro creditori non petenti pignus obtulit, exactissima diligentia præstetur, seu levissima culpa; sed si debitoris quoque causa datum sit, eo casu creditor nonnisi exactam diligentiam, id est, levem culpam præstet. Hanc enim distinctionem & juris ratio refutat, & superiores textus qui indistincte loquuntur. Ut & Græcorum distinctio, quam Contius probabat, inanis est; quod creditor ante liberatum & solutum pignus exactissimam diligentiam præstare teneatur: postquam vero luitio & repignoratio facta est, exactæ tantum diligentiæ levisque culpæ nomine teneatur, quod hoc casu non ut pignus, sed ut depositum apud creditorem maneat. Quod recte alii jam refutarunt: nam & in deposito levis culpa non præstatur, neque distinctio illa, non magis quam Cujaciana, ullibi occurrit, imo cerebrina est, meraque hariolatio. Ego conciliationis nullam aliam rationem reperio, quam in eo dissensisse JCtos, imo & Ulpianum variasse: Quod etiam indicare videatur Imp. *d.* §. *ult. Instit. cum* PLACUISSE *ait*.

5. LOCATUM Conductum in eodem contractuum censu qui dolum & culpam (cujus species singularis extat *in l. si merces* 25. §. *culpæ* 4. *D. locati*) recipiunt, ab Ulpiano *h. l.* locatur: pariter ut a Labeone *l.* 60. §. 7. *D. locati*, ubi additur *perae diserte*, non ultra teneri conductorem: & ab eodem Ulpiano *lib.* 14. ad Edictum, *l.* 3. §. 1. *D. naut. caup. lib.* 28. *l.* 5. §. *nunc videndum* 2. *D. commod. lib.* 32. *l.* 9. *in princip. &* §. 3. 5. *& leg.* 11. *in princ. D. locati. Gajo, leg.* 25. *in princip. D. locati*, sic quidem, ut diserte Ulpianus, *d. lib.* 28. ad Edict. *in d. l.* 5. §. 2. diligentiam non requirat in locato, eaque in re id a commodato separet: addita semper ratione, quia in hoc contractu utriusque utilitas vertitur. Paulus quoque 2. *sent.* 18. custodiam horreorum non præstare conductorem ait, & *l.* 55. *D. locati*. Et tamen clausula illa generalis hujus l. *In his quidem & diligentiam*, huic quoque contractui aptanda venit, ex Ulpiani mente *lib.* 29. ad Sabinum: quo ipso libro *in l.* 14. §. 12. *D. de furtis*, alioquin generatim dixit, eum qui conduxit, furti actionem habere, si modo culpa ejus subrepta sit res. Sic enim 1. & *l. in judicio* 28. *Cod. de locato*, definitur, in hoc judicio venire dolum & custodiam, non etiam casum cui resisti non potest. 2. Et aperte Gajus, culpam abesse dicit in *l. si merces* 25. §. *qui columnam, D. locati* (qui textus est de operis locatis) si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset. 3. Et *&* §. *ult. Inst. de locatione* (qui

textus

textus est de usu vestimentorum, argenti, jumenti conductione) talis custodia desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias (ὁ σφόδρα ἀκριβέστατος *valde accuratissimus*, ut Theophilus) suis rebus adhibet; quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda non tenetur. Fuit ergo & hac parte dissensus inter JCtos: Imo & ipse Ulpianus variavit: quæ res fecit, ut & Cujacius quoque variaret: Valere enim jubeo Decii, Contii & Hotomanni distinctionem inter conductorem rei & operis: ut in illa levis tantum culpa præstetur, in hoc levissima: eam enim clare destruit *d. §. ult.* Valere jubeo Martini conciliationem, quam Glossa refert, & Alciatus probavit ad *l. 226. D. de V. S.* & Carolûs Molinæus *tractatu de eo quod interest*, aliique ad *§. penult. Inst.* distinguentis inter rem quæ interverti & depretiari facile potest, &, ut alii efferunt, friabilis, quæ facile frangi potest, veluti columna, aut dolium & tignum: & inter rem quæ non nisi difficulter atteritur & intervertitur, ut fundus, ædes, similisque res: primo casu præstandam culpam levissimam: secundo, levem tantum. Nam JCtus *in d. §. fin.* ubi egit de columna, ait, idem posse transferri, id est, adcommodari, ad ÇÆTERAS RES. Alii vim ponunt in qualitate conductionis, i. in pollicitatione præsumpta ipsius conductoris, qui promisit in conducendo artem sive peritiam quandam singularem: hic enim imperitiam quamlibet culpæ adnumerari.

Hactenus veri contractus, in quibus dolus & culpa, imo & diligentia præstatur: Nunc subjiciuntur tres quasi-contractus ejusdem generis, repetito sermone, novaque & peculiari enunciatione: ITEM *Dotis datio*, *Tutela*, *Negotia, gesta*.

6. DOTIS datio (inæstimatæ scilicet ἀδιατιμήτου, ut recte hic scholiastes Harmenopuli) primo loco occurrit, quæ quidem etiam inter contractus *hic* numerantur: sicut & *in l. exigere 65. D. de judiciis*: & contrahi dos dicitur, *l. 1. de jure dot.* Igitur maritus, in rebus dotalibus, seu in rei uxoriæ actione (ut ait Modestinus) & dolum & culpam præstat; ut Ulpianus *h. l.* definit, idemque *lib. 28.* ad Edictum, *in l. 5. §. 2. D. commodati*: ubi & emptioni, locato, pignori, societati eam exaequat; ut & Paulus *in l. 17. D. de jure dot. l. 25. §. 1. soluto matrim. L. Mævia 49. in princ. & §. 1. eod.* Pomponius *l. 9. l. etiam 18. §. 1. l. ult. D. soluto matrim.* Javolenus *l. 66. in princ. eod.* ubi singulare exemplum culpæ memorat, simul & sententiam Publii Mucii & Servii: Modestinus item *apud Pariatorem*, ubi & cum fiduciæ judicio comparat: & Ulpianus diserte *lib. 33.* ad Edictum, *in l. si constante 24. §. 5. D. soluto matrim.* uxorem eam demum diligentiam a marito exigere, quam suis rebus exhibet, nec plus posse: & Gajus *l. in rebus 18. in fin. princ. D. commodati*, culpæ æstimationem faciendam sicut in rebus pignori datis æstimari solet, & in commodato. Ergo non eam culpam, quam alius diligens paterfamilias. Imo ea in re Ulpianus noster libris ad Edict. *in d. l. 5. §. 2.* a commodato eam diserte separat: & rationem reddit Ulpianus *ibid.* ut & Modestinus *apud Pariatorem*, quod in dote utriusque utilitas vertitur: cum tamen Paulus, in ipsa re consentiens, dicat, *in d. l. 17. D. de jure dot.* maritum *sua causa* dotem accipere: & ideo tam dolum quam culpam præstare oportere. Sed id contrarium non est. Verum equidem est, dotem dari ab uxore, ut maritum reperiat, sed maritus non ob utilitatem aliquam uxoris eam accipit; sed ob suam unius: neque accipiendo uxori gratificatur,

catur., ut depositarius deponenti gratificatur in negotiorum gestorum actione; Et sane verior & adæquata causa est, quam idem Ulpianus indicat *in d. l. 24. §. 5. soluto. matrim.* quod uxor eam demum a marito diligentiam exigat, quam rebus suis exhibet, *nec plus possit* (exigere scilicet:). Ac si diceret, nullam juris rationem aut æquitatem pati, uti mulier quæ suammet personam fidei mariti commisit, majorem in rebus suis adcurandis fidem quam in propriis rebus maritus adhibere solet, ab eodem exigat. Quo simili argumento & ratione fidejussores dotium a maritis exigi non possunt, *tit. C. ne fidejuss. dot.* His motus vir doctus Burgius 1. *Elect.* 12. cum Florentinam lectionem tueretur, *In his* QUIDEM & *diligentiam*, putabat hac sola dotis datione excepta *diligentiam*, cujus hic fit mentio, in contractibus venire. Et 1. Ulpianus tamen *hac l.* in hoc quoque contractu diligentiam præter dolum & culpam requirit. 2. Sed & Paulus *lib. 7. ad Sabinum*, *in l. in rebus 17. D. de jure dotium*: *In rebus*, inquit, *dotalibus virum præstare oportere tam* DOLUM *quam* CULPAM, *quia causa sua dotem accipit: sed etiam* DILIGENTIAM *præstabit, quam in suis rebus exhibet*. Verum, quod hunc Pauli locum attinet, *diligentia* ibi alio sensu quam hac l. effertur: hac quippe lege diligentiæ vox significat diligentiam diligentis alterius patrisfamilias, & sic culpæ levissimæ oppositam, ut cæteroquin dolo & culpæ subjicitur. Hoc vero Pauli loco diserte diligentia ad modum suum exigitur. Quare diligentia hic non opponitur culpæ levissimæ, verum quidam gradus est ad culpam evitandam: non satis scilicet est culpa vacare, non culposum quid admittere, sed & diligentia insuper in faciendo desideratur. Nisi hæc conciliatio placet, tum omnino ibi reponendum, *sed eam* non, *sed etiam*, ut ita limitationis culpæ vicem id obtineat, non ampliationis.

TUTELA sequitur, quæ & ipsa contractibus hic annumeratur, sed severa quasi contractibus accensetur in *Instit.* In ea igitur dolus & culpa pariter præstari dicitur ab Ulpiano *hac l.* & a Papiniano, *l. 18. D. de tutela & rat. distrah.* & *l. 4. 5. Cod. arbitr. tutelæ*: culpa, inquam, lata & levis, sive quid minores amiserint, sive cum possent tutores non adquisiverunt, *l. 2. & l. quidquid 7. C. arbitr. tut. l. tutori 20. C. de negot. gest.* Imo & diligentiam in tutela præstari, sequentibus textibus & argumentis conficitur. Primo ex Ulpiani sententia *hac l.* clausulaque illa generali, *In his quidem & diligentiam*, quæ hic mox subjicitur. Secundo, idem Ulpianus *lib. 49.* ad Edictum in *l. 10. D. de admin. tutor.* tutorem facere teneri indicat in defendendo pupillo, quod quivis paterfamilias idoneus facit. Tertio, Callistratus, *in l. a tutoribus 33. in princ. eod. tit.* eandem a tutoribus diligentiam exigendam esse ait, circa administrationem rerum pupillarium, quam *paterfamilias* rebus suis ex bona fide præbere debet. Quarto, in *d. l. tutori 20. Cod. de negot. gest.* tutor a negotiorum gestore distinguitur, qui præter dolum tamen, latamque culpam, & levem præstare necesse habet: atque adeo aperte in illa l. tutor in plus teneri dicitur, quam negotiorum gestor: Hic denique tutoriæ administrationis finis est, ut *ibid.* dicitur. Quinto, in *l. tutoribus 4. C. de periculo tutor.* tutor fortuitis tantum casibus non subjici dicitur. Et objiciuntur tamen aliæ leges, quibus tutor non ad levissimam culpam tenetur. Primo, in *d. l. 2. Cod. arbitr. tut.* præter dolum, latæ culpæ tantum & manifestæ negligentiæ mentio fit, & ad id tantum tutorem alligari dicitur.

citur. Respondeo, in sp. illius l. iniquam omnino rem visam si ultra teneretur tutor: propter conditionem videlicet rei. Quare etiam qui tutorem de levi tantum culpa teneri ajunt, hunc casum singularem volunt: qui tamen ipsi consueto errore sub levi culpa ponunt diligentiam diligentis patrisfamilias, atque adeo ad eam quoque culpæ speciem tutorem teneri volunt. Similis responsio *ad sp. l. tutor qui repertorium 7. §. 2. de administr. tutor.* ubi tutor nonnisi ob dolum vel solam latam negligentiam teneri indicatur: ubi ideo additum IN HAC PARTE tutorem solam latam negligentiam præstare: nempe in emptione prædiorum. Tertio objicitur idem Ulpianus, qui *lib. 36.* ad Edictum in *l. 1. in princ. D. de tutela & rationibus*, præter dolum & culpam, diligentiam quantam in suis, in tutelæ judicio præstari ait: non ait diligentiam quantam diligens paterfamilias alius in rebus suis adhibet. Græci pro conciliatione adjiciunt in *d. l. a tutoribus 33.* Quid si tutor sit in re sua negligens an excusabitur? Non. Dicamus nos, quemque diligentem in rebus suis præsumi, pariter ut alius diligens paterfamilias. Quare hæ duæ formulæ sæpe æquipollent *ισοδυναμοῦσι*. *Quarto* objicitur Paulus, qui in *l. 53. §. 3. D. de furtis*, diligentiam præstari indicat, non ab omni tutore, verum ab eo qui sponte unus ex pluribus tutoribus testamento datis, oblata satisdatione solvi administrationem suscepit. Quod, seu rationem validissimam, nonnulli urgent, ut efficiant tutorem de levissima culpa non teneri, aliter atque in mandatario & negotiorum gestore: quod hi sponte suscipiunt negotia, at tutoribus & curatoribus invitis administrationis officium imponitur, *l. tutori 20. C. de negot. gest.* Cui imo oppono rationem quæ ea l. continetur. Ex his jam apparet 1. & veteres JCtos hac parte inter se dissensisse: 2. & casus quosdam singulares notari, quibus diligentia seu levissima culpa a tutore non præstatur: 3. & in hac re formulas illas, *diligentiam quantam in rebus suis*, & *diligentiam diligentis patrisfamilias* aliquando pro eodem usurpatas. Certe & Cujacius quoque hac in re variavit, quod inter variantes ejus sententias notatur.

8. NEGOTIA GESTA in eodem censu hic collocantur ab Ulpiano, quo dotis datio & tutela, eorum videlicet contractuum, vel potius quasi contractuum, in quibus dolus & culpa in genere præstatur, seu qui dolum & culpam recipiunt. Quod ipsum etiam definitur a Pomponio ad Q. Mucium in *l. si negotia 11. D. de negot. gest.* per indefinitam *culpa* appellationem: & quia casum tantum excludit. Pariter ut in *l. fidejussor 32. eod. tit.* Culpa, inquam, præter latam, quæ dolo æquiparatur, levis, *l. tutori 20. C. de negot. gest. l. quidquid 7. C. arbitr. tut.* In quarum priore etiam nonnulli, *levis* appellatione levissimam quoque culpam contineri asserunt. Sane diligentiam quoque in hoc contractu præstari voluit *h. l.* Ulpianus, generali illa clausula, quæ mox subjicitur. 1. Ideo & Julianus in *l. 6. §. ult. D. de negot. gest.* a negotiorum gestore exigi dicit quod vir diligens etiam gesturus fuerit: 2. & *§. sicut autem 1. Inst. de oblig. quæ ex quasi contr.* teneri dicitur ad exactissimam diligentiam, *ἀκριβέστατην καὶ ὑπερβάλλουσαν ἐπιμέλειαν* *accuratissimam & exsuperantem diligentiam*, ut Theophilus vertit. 3. Et *l. si mater 24. C. de usur.* omnem diligentiam præstare debere, cujus l. speciem notandum est esse in fœmina matre. 4. Exactam, apud Paulum *1. sentent. tit. 4. 5.* Nec sufficit, ut *d. §. 1. Instit. eod.* subjicitur, talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius dili-

diligentior eo commodius administraturus esset negotia : & ut ibidem Theophilus *περιφράζει circumloquitur* , non ex gestoris , verum ex alterius illius diligentia rem æstimari oportet. Denique tutor & gestor hac in re exæquantur. Possit etiam hic argumentum duci a mandato , & quidem a ratione *l. in re mandata*, *Cod. mandati*, quæ non minus in negotiis gerendis obtinet , quam in mandato . Et ab hoc tamen abit *d. lex* 20. *C. de negotiis gestis* : ubi dicitur , Tutori vel Curatori similem non haberi qui citra mandatum , negotium alienum sponte gerit : subjecta ratione : quippe superioribus (id est tutori vel curatori) necessitas muneris administrationis finem: huic autem (i. gestori) propria voluntas facit : ac satis abundeque sufficit , si cui vel in paucis amici labore consulatur : secundum quæ, super his quidem quæ, nec tutor nec curator constitutus , ultro quis administravit , cum non tantum dolum & latam culpam, sed & levem præstare necesse habeat , conveniri posse. Illud semper mirum videri possit, cum in negotiorum gestorum quasi contractu sola domini, nulla gerentis vertatur utilitas, gestorem nihilominus ad culpam vel etiam diligentiam teneri. Sed enim suscepti negotii ratio fidesque adeo id deposcit: Eccur enim , nisi hæc præstare velit , *absentis* loco , cujus personam induit , sese alienæ rei immisceat ? Ut omittam , quod dixi argumentum a mandato . Sunt e contra casus, in quibus solus dolus in negotiorum gestione præstatur , ut in sp. *l.* 3. §. *interdum* 9. *de negot. gest.* Et retro est, ubi casus quoque præstatur, ut in *l. si negotia* 11. *D. eod.*

Et ita quidem etiam hactenus de secunda contractuum classe specieve, seu de iis contractibus qui dolum & culpam recipiunt, & diligentiam insuper , quo ostendimus , clausulam hoc loco interjectam , *In his quidem & diligentiam* : In quibus scilicet contractibus , non meræ fidei arbitrioque rem alienam momento accipientis , servantis, res aliena committitur, ut in prima classe, id est, in deposito & precario, verum certis finibus & limitibus. Nunc ordinem repetit Ulpianus interruptum illius clausulæ embolismo , tertiamque adeo classem contractuum proponit, in quibus dolus & culpa præstatur, at non & diligentia. Quo in censu sunt duo contractus : nempe, societas & rerum communio . In quibus neque res mere aliena, aut meræ fidei accipientis , vel eam habentis, non etiam certis & præscriptis legibus committitur, verum una cum re accipientis commissa creditur.

1. SOCIETAS igitur, quæ consensu scilicet contracta est, & ideo voluntaria societas dicitur *l.* 63. §. 8. *D. pro socio* , voluntarium consortium, *l.* 52. §. *idem Papinianus* , *D. pro socio*, dolum & culpam recipit : teste Ulpiano *h. l. & l.* 5. §. 2. *D. commodati* : *l. de illo* 23. *l. cum duobus* 52. §. 2. 3. *D. pro socio* : Paulo, *l.* 25. *eod.* Gajo, *l. socius socio* 72. *eod.* unde desumptus est §. *ult. Instit. eod.* Desidiaque adeo & negligentia præstatur , *d. l.* 25. 72. *& d.* §. *ult. & l.* 10. *in pr. D. commodati* . Quanquam de culpa dubitatum olim , utrum ejus quoque nomine socius teneretur, testatur Justinianus *d.* §. *ult. Instit. de societate* : ubi PRÆVALUISSE ait (*ἐκράτησε obtinuit*, ut Theophilus) socium etiam culpæ nomine teneri . Imo Ulpianus quoque idem facit iisdem ad Sabinum libris *in l. cum duobus* 52. §. 2. *D. pro socio*: ex Celsi Digestorum libris : Celsi , inquam , qui ille est qui & hac l. ab Ulpiano laudatur , in quæstione , an conveniri possit ne dolus præstetur : Quique , idem Cel-

sus ,

fus, in deposito etiam dubitatum fidem facit, utrum lata culpa in eo veniret *d. l. 32. depositi*. Hac procul dubio dubitandi ratione, quod in coeunda societate *fides* & industria socii eligatur, & de se queri debeat, qui minus diligentem socium elegit. Quam ipsam rationem adhibet Gajus, ut inde efficiat, socium non ad exactissimam diligentiam teneri, *l. socius socio 72. D. pro socio*. Quæ & ipsa ratio adhibetur in deposito, ad excludendam in eo culpam, *l. 1. §. 5. D. de oblígat. & act. & §. 1. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Sed quis modus hujus culpæ & diligentiæ? Seneca equidem *2. de ira 31.* dixit, salvam societatem esse nisi amore & *custodia* partium non posse. Non ut diligentia præstetur *h. l. & d. l. 5. §. 2. D. commodati*. Culpa scilicet hic ad exactissimam diligentiam dirigenda non est: sufficit enim talem diligentiam adhibere communibus rebus, quam suis rebus socius adhibere solet. Gajus *d. l. 72. pro socio*, & exinde *§. ult. Instit. eod. tit.* Cujus rei ratio a regula juris seu distinctione solita arcessitur, quod utriusque utilitas in hoc contractu versetur, *dict. l. 5. §. 2. D. commodati*.

2. COMMUNIONIS RERUM, quæ societas involuntaria seu necessaria est, quæque re, non consensu contrahitur, eadem ratio est quæ societatis contractæ. Dolum scilicet & culpam hic quasi contractus recipit, non diligentiam *hac l. & l. pen. §. ult. C. comm. divid. l. & puto 16. §. sed etsi 4. D. familia ercisc. l. heredes 25. §. non tantum 16. eod.* cujus hæc verba sunt ut expressa, ita elegantia: *Non tantum dolum, sed & culpam in re hereditaria præstare debet coheres, quoniam cum herede non contrahimus, sed incidimus in eum: Non tamen diligentiam præstare debet, qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi, & ideo negotiorum gestorum ei actio non competit: Talem igitur diligentiam præstare debet, qualem in suis rebus. Eadem sunt, si duobus res legata sit: nam & hos conjunxit ad societatem, non consensus, sed res.* Ubi rationes illæ *quoniam cum herede non contrahimus, sed incidimus in eum;* & mox: *nam & hos conjunxit ad societatem, non consensus, sed res*, non illud indicant e contrario, in societate contracta aliquid præter dolum & culpam præstari: verum illud indicant, nihil amplius in hoc negotio præstandum, quia nullus *contractus* initus est; sed casu tantum communio contracta: Non ergo diligentiam præstandam, quia suam quoque partem hic gerit: adeoque sufficere hoc casu, si ut suis in rebus consors & particeps diligentiam præstet.

Ex superioribus jam perspicimus, hoc in Præstationum naturalium in Contractibus vel quasi argumento 1. Variasse inter se Jurisconsultos. 2. Variasse ipsummet Ulpianum: si modo non Tribonianus hic vel alibi nobis imposuit seu fucum fecit. 3. Et cum dissentirent in nonnullis, in singularibus tamen casibus consensisse. 4. Formulasque illas, *diligentia qualem in rebus suis*, & *diligentis patrisfam.* aliter atque aliter usurpatas, neque satis distinctas semper. 5. Et distinctioni illi contractuum, quæ pro ratione sæpe adfertur, inter eos videlicet qui utilitatem unius dantis vel accipientis continent, vel utriusque, non semper, neque apud omnes locum fuisse: Exemplo sit vel precarium, ubi cessat ea, quam dixi, distinctio. Sane hac regula ab Ulpiano ea non adhibetur, quam tamen & ipse urgebat *L. 5. §. 2. D. Commodati*. Ergo certe hac in re censentibus accedo, vix quidquam generalius definiri posse, remque hanc ad arbitrium Judicis, prout res est, referendam.

Et

Et hæc quidem hactenus ad priorem hujus regulæ partem de *Naturalibus* præstationibus in contractibus. Sequuntur duæ aliæ, de Præstationibus ex *conventione*, deque *casibus mere fortuitis*, quos nemo præstare tenetur.

II. SECUNDA igitur hujus legis pars est, de Præstationibus videlicet, quæ ex *Conventione* descendunt; ubi quæritur, utrum per eam naturalibus Contractuum præstationibus derogari possit? Et vero definitur (idque per modum *Exceptionis* ad ea quæ superius dicta sunt de naturalibus contractuum præstationibus) obtinere ea, *Nisi si quid nominatim convenit vel plus vel minus in singulis contractibus*. Scilicet id aperte vult JCtus, conventione seu pacto naturalibus contractuum, de quibus hac lege agitur, speciebus, aliquid adjici vel detrahi posse: sic ut durior vel levior ejus qui rem alienam, suo tempore restituendam, ex contractu aliquo accepit, reddatur. Potest enim conveniri, ut culpa quoque & diligentia præstetur in iis contractibus, in quibus ex sua natura, vel dolus tantum, vel præter dolum, culpa tantum præstanda veniunt: & retro, ut in iis, in quibus dolus & culpa & diligentia, præstanda sunt, dolus tantum vel culpa etiam, at non & diligentia præstetur: vel in his, in quibus dolus & culpa, dolus tantum præstetur. Hæc unica, inquam, *hac lege*, circa præstationem in contractibus, exceptio proponitur. Præter quam & aliæ sunt exceptiones quibus, naturali præstationi non statur; puta si culpa, morave præcesserit: de quo extra rem agunt Interpretes hoc loco. Ut & separandæ sunt ab hujus legis specie aliæ conventiones, quæ non circa præstationes naturales versantur, verum circa alium modum obligationum, de quo ad *l. 27. infra*: ubi pariter contractus naturam suam excedere potest: de quibus hic quoque turbide Interpretes nonnulli agunt. Multo magis ex quæ de *natura* contractuum sunt: contra quam pacta rata non sunt. Nos intra exceptionem hic propositam maneamus: sic tamen, ut non minus ad postremam de casibus fortuitis eam applicemus seu porrigamus, & in id juris textus allegemus, quam ad priorem hujus legis partem: nam ut naturalibus contractuum præstationibus convenrione addi & detrahi potest, ita & de fortuitis casibus, præter naturam contractuum, conveniri potest, ut horum quoque nomine qui rem alienam penes se suo tempore restituendam ex contractu habet, teneatur. Igitur, definitur hoc capite, *Nominatim conveniri posse, ut plus minusve, quam naturales præstationes ferunt, in contractibus præstetur*. Hujus vero rei fides elucet in singulis contractibus, qui hac lege nominantur. Obtinet, inquam, id in Deposito, *l. 1. §. si convenit 6. & §. sæpe evenit 35. D. depositi*: *l. 5. §. 2. vers. aut si hoc, D. commodati*: *l. 7. §. item si quis pactus 15. D. de pactis*: *l. & Aristoni 39. D. mandati*: *& l. 1. C. depositi*. In Mandato, *d. l. Aristoni 39*. In Commodato, *l. 5. §. 10. D. commodati*: *& l. 1. Cod. eod. tit.* In Vendito, *l. fistulas 78. de contrahend. empt. l. 1. D. de periculo & commod. rei vend.* In Pignori accepto, *l. 6. Cod. de pignorat. action.* In Locato, *l. 27. §. 29. D. ad leg. Aquil. l. si quis domum 9. §. 2. & l. 13. §. 5. D. locati.* Nempe in his omnibus contractibus, cæterisque, quod modum præstationis attinet, hoc servatur quod convenit, seu quod præstare convenit: *Legem enim contractus dedit*, ut ait hic Jurisconsultus (vel potius *contractui*, ut *l. 7. §. 5. de pactis*:) Similiter, ut in genere contractus legem ex conventione recipere dicuntur, *d. l. 1. §. si convenit 6. depositi*: ea ratione, quæ redditur, *l. 1. de pactis, l. 1. de constit. pecun. l. 20. C. de transact.* unde & lex con-

contractus dicitur *in l. 8. D. de præscript. verb. l. Lucius 24. depositi*: *lex 8. de præscript. verb.* & lex absolute, *in l. veteribus 39. D. de pactis*: *l. 7. de servis export. l. 24. in prin. D. locati*: *l. 10. Cod. de pactis*: *l. 3. C. de condict. causa datorum*, & similibus quamplurimis. Proinde, cum ad judicium ventum est, in primis in id deducitur quod præstari convenit: quod si nihil convenit, tum ea præstabuntur quæ naturaliter insunt judicii potestate, ut diserte cavetur *l. exempto 11. §. 1. D. de action. empti*. Et excipienda tamen adhuc est dotis datio: ubi conveniri non potest, ut minus v. g. ut dolus tantum præstetur *l. Pomponius 6. D. de pactis dotalib.* propter utilitatem nubentium, inquit ibi Jurisconsultus: quomodo & alias deterior dotis conditio pacto fieri non potest, *l. 2. & 12. de pactis dotalib.* Certe & hac quoque l. limitatio hac parte adhibetur, nempe (quod ex Celso refert Ulpianus) conventionem seu legem de quo dictum est non valere, *si convenerit, ne dolus* (futurus scilicet, nam præteritus dolus pacto remitti potest *l. si unus 27. §. pacto. D. de pactis*, uti juri sibi quæsito quisque renunciare potest) *præstetur*: quam in rem ipsam est quoque *dicta lex 27. §. 3. l. 1. §. illud. 7. depositi*: *l. 17. in princ. commodati.* Et ratio hic subjicitur: *hoc enim bonæ fidei judicio contrarium est*: nempe, quia id contra bonos mores est *d. l. 1. §. 7.* & invitat ad delinquendum, seu delicti illicium est: arg. *l. illud convenire 5. D. de pactis dotalibus*: *l. 27. §. 4. de pactis*, quæ sane delicta puniri, impediri publica disciplina suadet. Et subjicit Ulpianus: *Et ita utimur*; formula quæ & ipsa occurrit *l. 152. in fin.* usitatissima in jure in his quæ dubitationem non admittunt, quæque in foro *ὁμολογουμένως concorditer* obtinent, & recepta sunt.

3. POSTREMUM hujus legis caput sequitur, primo oppositum: Nempe, non sicut dolus, culpave, imo & diligentia quandoque in contractibus quibus res aliena momento apud aliquem est suo tempore restituenda, natura sua præstari debeat, ita & *casus* quoque *fortuiti* unquam præstandi veniunt: hi enim *a nullo præstantur*: cum nec ab ullo prævideri possint, *l. quæ fortuitis 6. C. de pignorat. action.* vel iis resisti non possit, *l. in rebus 18. D. commodati*. Qua de re ipsa sunt & alii complures juris textus: ut *§. ult. Instit. quib. mod. re contrah. oblig. l. fidejussor 32. D. de negot. gest. l. si merces 25. §. vis major. D. locati*: *l. 18. in princ. D. commodati*: *l. 1. §. quod si satis 11. D. de Magistratib. conv. l. 2. §. 7. de administr. rer. ad civ. pert. l. 1. §. is quoque, de obligat. & action. l. 1. C. commodati*: *l. 1. C. depositi*: *l. 5. 6. 8. 9. C. de pignorat. action. l. sicut 19. C. de pignorib. l. 12. l. in judicio 28. C. de locato. l. 4. C. de periculo tutor.* De singulis fortuitis casibus, qui hic septem numero memorantur: simul de limitationibus, quæ hic apponuntur, videamus: quæ sane eo redeunt, ut indicetur si casum fortuitum culpa præcesserit, alienæ rei interim ex contractu possessorem de casu fortuito teneri.

Primo igitur loco de casuum fortuitorum numero memorantur hic *animalium casus mortesque*. Hæc scilicet non præstat is penes quem ex contractu aliquo res aliena mox restituenda est. Quod *mortes* attinet, quidnam id sit notum est: *Casus* vero sunt morbi, vitiaque. Cum *animalium* porro casus mortesque dicuntur, & servi quoque comprehenduntur, & Ulpianus comprehensos voluit, eadem enim horum ratio est, *l. in rebus 18. in princ. D. commod. §. cum autem, Instit. de empt. & vend.* & sane animalibus servi & alias junguntur & æquantur in *l. 2. §. 2. l. 27. l. 38. §. 1. 2. ad leg. Aquil. l. in ratione 30. §. ult. in princ. D. ad leg. Falcid.* Et additur tamen hic limitatio, *Animalium vero casus mortesque, quæque sine* CULPA *accidunt, fuga servorum*, &c. ubi

Vulgata habet, *morteſque quæ ſine culpa accidunt*. Quomodo & Græci, Baſilica, Synopſis Baſil. Theodorus Hermopolites, καὶ τὸν χωρὶς ῥαθυμίας θάνατον, *& ſine ignaviæ culpa mortem*. Quod etiam Cujacio Contioque placet. Quamquam poſſit id generaliter hic exceptum videri: Etſi ita quoque habetur in Gaji *l. in rebus* 18. *D. commodati*. *Quæque* igitur, pro *Quæcunque*. Certe in omnibus caſibus fortuitis id obtinet, ut ſi culpa præceſſerit, caſus fortuitus præſtetur, *l.* 27. *§. mulier, ad leg. Aquil. l.* 5. *§.*4. *comm. & l. ult. eod. l.* 30. *§. qui mulas locati*: *l.* 4. *D. de periculo & comm. rei vend. & l. lector* 12. *& ſeqq. eod. l.* 1. *§. is quoque, de obligat. & act. §. item is cui, Inſtit. quibus modis re contrah. oblig. l.* 4. *C. de pignor. act.* &c. Eodem certe quoque pertinet & limitatio quæ ſecundo mox caſui fortuito aptatur.

Secundus caſus fortuitus hic ponitur, *Fuga ſervorum*: addita & hic limitatione, *qui cuſtodiri non ſolent*, pariter ut in Gaji *l. in rebus* 18. *commodati*. Nempe ſervorum nonnulli cuſtodiri ſolebant, imo debebant, ab eo penes quem res aliena mox reſtituenda ex contractu erat: quod juxta hanc legem probat quoque *lex ſi a bonæ fidei poſſeſſore* 21. *l. qui petitorio* 36. *in fin. D. de rei vindicat. l. ſi ut certo* 5. *§.* 6. *& d. l.* 18. *D. commodati*: *§. eum autem, Inſtit. de empt. & vendit.* Nam & vincti quandoque commodabantur, *d. §.* 6. vinculaque adeo fugæ argumentum erant, & ſic cuſtodiæ adhibendæ legem tacite injungebant. *l.* 48. *§.* 4. *D. de ædilit. edicto*: *& §. ult. Inſtit. de lege Aquil.* Et alias ſervi nonnulli cuſtodia indigebant, utpote quod integræ opinionis non eſſent, vel quod ejus ætatis eſſent, pueri puta & errones, ut cuſtodia indigerent. Quare, ſi fugam hujuſmodi ſervorum præceſſiſſet, hæc culpa, puta quod cuſtodite non haberentur, is qui alienos ſervos apud ſe, mox reſtituendos, ex contractu aliquo habebat, ob hanc fugam, & ſic caſum fortuitum quem culpa præceſſerat, tenebatur: ac maxime, quia id inter alia ſervorum in commune vicium erat, fuga ſcilicet: &, ut ille ait, ſervi *heriſugæ* eſſent.

Tertius caſus fortuitus eſt *Rapina*, quoties ſcilicet res per vim extrariam eripitur, quæ evitari & repelli non poteſt, Quo ipſo tacite innuitur, aliam eſſe furti rationem: id enim non caſui, ſed levi culpæ ferme adſcribitur, atque adeo periculum furti præſtatur, *§. præterea, Inſtit. quibus modis re contrah. obl. l. quod ſi* 14. *D. de periculo & commodo rei vend. l. cum duobus* 52. *§. damna, D. pro ſoc. l.* 17. *§. Papinianus, D. de præſcript. verb.* juncta *l. rem inſpiciendam* 73. *de furtis*: quia a diligenti patrefamilias præcaveri poteſt: quo pertinet & locus *Exodi* 22. Neque quidquam contra movere debet *lex in ratione* 30. *in princ. D. ad leg. Falcid.* ubi furtum jungitur rapinæ & mortibus ſervorum, aliiſque caſibus qui fortuiti ſunt. Neque enim fortuitis caſibus furtum ibi connumeratur, quaſi id ab eo qui rem alienam ex contractu penes ſe interim habet præſtare rei domino non teneatur, verum inter damna numeratur, quorum periculum ad heredem, & ſic dominum, pertinere dicitur, non ad legatarium, qui nullam culpam admiſit. Et ſic hoc caſu ubi nulla alterius culpa eſt, caſus fortuitus & damnoſus eſt domino.. Quanquam illud quoque verum, furtum aliquando ſine culpa ejus qui rem alienam ex contractu interim poſſidet accidere poſſe, *l. quod ſæpe* 35. *§. ſi res vendita* 4. *D. de contrah. empt. l. eum qui* 14. *§. idem ſcribis* 6. *D. de furtis*: ut in ſpecie *l. pignus* 9. *Cod. de pignorat. act.* ſi videlicet creditor pignora in horreis, quibus & alii ſolebant publice uti, depoſuit,

posuit. Cujacius ad Papin. *lib.* 8. quæst. recte exemplum quoque ponebat in saccu-lariis, qui sunt quodammodo præstigiatores, & in apertulariis qui nihil non sciunt aperire, quibus nihil est tam bene obsignatum, quod aperire non possint: ars eo-rum in furando est subtilis nimis.

Quartus casus fortuitus est, si quid per *Tumultum* acciderit in re aliena: quoties videlicet per turbam & concursum hominum & seditionem quid amissum est, fra-ctum, cæsum, raptum, &c. Græcis *θόρυβος tumultus*: cujus tumultus mentio in ma-teria depositi: vide *tit. depositi*: & §. *rei persequenda*, *Instit. de action.* jungiturque is seditioni *l.* 5. *C. de his qui ad Eccles. l. ult. C. de seditiosis*. Ergo, neque hunc casum præstat rei alienæ ex contractu mox restituendæ possessor. Nisi ipsius culpa seditio facta fuerit: ut in exemplo singulari *l.* 66. *seu penult. in princ. D. soluto matrimon.* cui vicinum est & quod habetur *l. si merces* 25. §. *culpa*, *D. locati*.

Quarto loco inter casus fortuitos recensetur *Incendium*. Quam in rem sunt & multi alii Juris textus, puta *lex in rebus* 5. §. 4. *D. commodati*: *l.* 9. §. *si colonus* 3. *l. ex conducto* 15. §. 3. *D. locati*: *l.* 22. *de negot. gest.* §. *cum autem*, *Instit. de empt. & vend.* Quod quidem intelligendum est de incendio, quod per vim extrariam ortum est, ut loquitur & definit *lex qui insulam* 30. *in fin. D. locati*: non si inhabitantium, domini, hominumve & domesticorum ejus culpa, vitio factoque; tum enim in-cendium casibus fortuitis non connumeratur, atque ideo in præstationem venit, *d. l.* 30. *D. locati*: *l. si servus* 27. §. 9. *l. qui occidit* 30. §. 3. *ad leg. Aquil.* Ut inhabitan-tium plerumque culpa incendium evenire solet, *l.* 3. §. 1. *D. de offic. Præfect. vigil.* Neque huic obstat, quod Alfenus in *l. si vendita* 11. *D. de peric. & commodo rei vend.* absolute ait, incendium sine culpa fieri non posse, verum id quippe, sed non ideo semper inhabitantium culpa, verum aut extraria vi, aut incendio ex proximo pa-riete, seu domo, ut omittam cœlitus immisso igne. Neque rursum obstat, quod idem Alfenus in *d. l.* 30. §. *ult.* diserte incendium a fortuito casu separat: Namque ibi *fortuitus casus* est extraria vis, uti statim eam vocat, eumque opponit servi negligentiæ.

Sexto loco ponuntur hic inter casus fortuitos, *Aquarum magnitudines*, id est, inundationes, vis fluminis, impetus fluminis, ut alibi vocatur, imo & controver-sia aquæ *l. fluvium* 24. §. *idem Servius* 5. *D. de damn. infect.* Hunc igitur casum non præstat v. g. venditor, *l. si in venditione* 10. *D. de per. & comm. rei vend.* §. *cum au-tem*, *Instit. de empt. & vend.*

Postremus hac l. casus fortuitus est *Impetus prædonum*, seu incursus latronum, la-trocinium, seu aggressura latronum, quæ & ipsa a nullo præstantur *h. l.* non a de-positario *l.* 1. *C. depos.* non a commodatario, §. *item is cui res*, *Instit. quib. mod. re contr. obl.* non a conductore, *l. si quis* 9. §. *Imperator* 4. *locati*: non a tutore, *l. si res pupillaris* 50. *de administr. tut.* Uti neque retro a domino conductori præstan-tur, *l. damnum* 12. *C. locati*: non a domino mandatario, *l. inter causas* 26. §. *non omnia* 6. *D. mandati*. Et tamen hic semper ut alibi excipiendum, nisi culpa præ-cessit, *d.* §. *item is cui res*.

Et hactenus quidem casus fortuiti, qui exempli gratia hic apponuntur: sunt enim & varii alii, puta Naufragium, Piratica, Ruina, Hostium incursio, Terræ-motus,

terræ labes, chasma seu hiatus, tempestas, &c. omniaque alia quæ vi divinæ adscribuntur θεῶν βίᾳ.

De Æstimatione INTERESSE.

XXIV. PAULUS *libro quinto ad Sabinum*.

Quatenus cujus * intersit, in facto, non in jure consistit.

* Id est *alicujus*: vel positum id pro *cujuscunque*, vel *cujusque*, ut habet hic Haloand.

DE eo quod INTEREST, ejusque Æstimatione seu Taxatione, est hæc regula; quæ quidem quarta jam est e Sabinianis ad materiam *contractuum* pertinentibus: & hæc nominatim ad contractum emptionis-venditionis: unde etiam de aliqua hujus regulæ cum superiore *l. contractus* 23. connexione liquet: quo non plane assurgere potuit Francus: etsi methodum alioquin a Triboniano hoc titulo observatam, ut alibi, ita & hic quoque, probet. Hanc ipse reddit, quod superiori l. actum fuerit de dolo & culpa, unde interesse emergat. Imo, quæritur in specie hujus regulæ: unde, quave ratione, quo judicio, quatenus æstimatio seu taxatio ineunda sit ejus quod alicujus interesse dicitur, ac nominatim *emptoris*: Est enim hæc propria hujus l. species, de eo scilicet quod interest emptoris, si quid in re vendita perperam a venditore admissum fuerit, deque ejus æstimatione: sive ex proposito, id est dolo, sive re factoque ipso id evenerit, læsusque adeo emptor fuerit. Eo quippe hanc regulam pertinere docet *lex si servum mihi* 4. *D. de actione empti*, quæ indidem, id est ex eodem Pauli *libro* 5. ad Sabinum; unde hæc regula desumpta est, atque adeo huic conjungenda venit; & in qua pariter de interesse, deque æstimatione ejus, agitur. Etsi eodem alioquin respiciat in genere, quo lex superior, ad *adminicula* videlicet & *pedisequas* contractuum præstationes, de quibus ad *d. l.* 23. & ad *leg.* 27. *infra*: veluti ad *traditionem* rei venditæ, si rem venditam venditor tradere nolit, quæ prima hic glossæ species est, & ad evictionem. Ad rem. Ubi de definitione interesse ante omnia videndum est. Ergo, *id quod interest*, definiri potest, *utilitas adversarii culpa intercepta*, *Judicis* proinde *officio æstimanda*. Dixi, *utilitas*, nam ita appellatur *l. si sterilis* 21. §. *cum per*, *D. de actione empti*, & passim. Dixi *utilitas intercepta*, puta vel damno dato, vel lucro averso intercepto, nam in his duobus vertitur interesse, *l. si commissa* 13. *D. rem rat. haberi*: & *l. quidquid* 7. *Cod. arbitr. tutel.* & *l. unic. C. de sentent. quæ pro eo quod inter*. Quare interesse modo damnum, modo lucrum nuncupatur, *l. Julianus* 13. *de act. empti*. Nam & qui lucrum amittit, damnum facit *l.* 2. §. *merito* 11. *D. ne quid in loco publ.* Cæterum hanc utilitatem circa rem ipsam versari oportet, *l. si sterilis* 21. §. 3. *D. de act. empt.* non autem extra rem; cujus rei exempla elegantissima eo §. apponuntur.

Dixi, *Ex culpa adversarii æstimari interesse*, vel etiam ex mora, *l.* 1. *D. de in lit. jur. l. ult. D. de eo quod certo loco*: *l.* 3. §. *ult. D. de action. empti*. Nam non aliter interesse ratio habetur, quia interesse pœnæ loco est, *d. l. ult.* & *d. l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod inter*. Atqui ubi nulla culpa, nulla mora intercedit, nulla quoque pœna est, *l. nulla*

l. nulla 88. *infr. hoc tit.* Rursum, dixi *culpa:* nam si dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, punienda sit, jurejurando in litem locus est, quanti in litem juraverit actor, *l. 64. D. de judiciis*: *l. 2. §. 1. l.4. in fin. & l.8. de jurejur. in litem*. Qua causa æstimatio ejus quod interest facta a judice distinguitur ab ea quæ fit jurejurando, *d. l. 64. d. l. 4. in fin. & l. 15. §. 9. quod vi aut clam.*

Dixi, *Officio Judicis æstimanda*. Et hoc est tandem, quod hac regula traditur, *In facto non in jure consistere, quatenus cujus intersit*. Nempe *quatenus*, id est, quantum alicujus intersit, in jure non consistit, i. non potest de eo ABSOLUTE responderi, *l. 13. §. 1. D. de ann. legat.* nulla certa JURIS definitione, jureve perpetuo, aut regula, id vel a Principibus, vel a Jurisconsultis comprehendi seu definiri potest: Neque ad JCtum aut Principem hæc cognitio pertinet, quorum est certum aliquod jus statuere (nam quæ in jure consistunt, seu quæ juris sunt, ea certa sunt & definita, *l. 2. D. de jur. & fact. ignor.*) Quid igitur? Quemadmodum Mora dicitur facti, non juris esse, ejusque definitio difficilis, *l. mora 32. D. de usur.* (ubi hæc verba notanda, *An mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris authorum quæstione* (i. tractatu, inquisitione) *decidi posse; cum sit magis facti quam juris*: Quod etiam comprobat *l. sciendum 21. d. tit.*) Ita pariter æstimatio interesse, quod ex mora descendit, facti magis est, quam juris: in facto, non in jure consistit: id est, arbitrio atque æstimatione, seu officio Judicis, virique boni arbitrio, id æstimandum venit: denique de Arbitrariarum numero hæc quæstio est, *l. semper 15. §. 7. D. quod vi aut clam. d. l. 13. §. 1. D. de ann. leg. l. 58. §. 1. D. locat. l. 6. in fin. D. de serv. exportand.* pro bono, *d. l. 13. §. 1.* Denique ad Judicis cognitionem totum hoc pertinet, *l. 135. §. Seja D. de V.O.* Ut cæteroquin facti quæstio est in potestate judicantium, juris auctoritas non est, ut Papinian. *in l. 15. D. ad municipalem*, quod etiam ferme ex Papin. refert Martianus *l. 1. §. 4. D. ad Trebell.* Ergo Judex hac in re æquitatem ante oculos habere debet, secundum facti qualitatem, *l. 1. D. de action. empt. l. 2. §. ult. D. de eo quod cert. loc.* causis omnibus & circumstantiis diligenter inspectis, *d. l. 135. §. Seja*. Quia scilicet, in singulis speciebus, prout quæque res incidit, plus minusve interest: Unde & interesse non commune semper, sed singulare aliquando est, diciturque. Quare cum id quod interest, incertum sit, & difficilis plerumque probationis, quod & ad exiguam summam deduci potest, commodum est pro eo certam pœnam stipulati, *l. ult. D. de prat. stipulat. §. ult. Instit. de V.O.* Indeque etiam aliquando id quod interest jurejurando actoris æstimatur, quod *jusjurandum in litem* dicitur. Ut proinde difficilis probatio dicatur ejus quanti cujusque intersit, *l. ult. D. de prat. stip.* Eademque ratione dicitur facti interpretatio plerumque prudentissimos fallere, *d. l. 2. D. de jur. & fact. ign.* Nempe quia facta non sunt ὁμογενῆ *ejusdem generis*, neque interesse pretio rei semper æstimatur, *l. 1. in princ. D. de action. empt.* Immo plerumque non ex annona & consuetudine communi, forensique pretio æstimatur, verum adsumptis facti circumstantiis; in quo temporis ratio locique non minimam partem facit, de quo est elegans *l. pretia rerum 63. §. ult. D. ad l. Falcid. tit. de eo quod cert. loc.* Et modum tamen quendam huic rei Imperatores posuere; de quo vide *l. unic. C. de sententiis quæ pro eo quod interest*. Cæterum, cum ratio ejus quod interest, varia negotia contractusque permeet, cernitur profecto in contractu *emptionis venditionis*, seu in actionibus empti-venditi, quo hanc legem

legem pertinere jam ostendi: de quo videnda, inter alias, *l. 1. in princ.* & *d. l.* 4. (quæ huic, ut jam dixi, ceu ex eodem libro desumpta, conjungenda est) *l. Julianus* 13. *D. de actionib. empti*: *lex* 60. *de evictionibus*: *lex si traditio* 4. *C. de action. empti*. Exemplum, 1. in *Traditione*: nam si traditio rei venditæ juxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti Judex arbitratus fuerit compleri emptionem, tantum in condemnationis taxatione deducere curabit, ut inquit dicta *lex* 4. seu, ut loquitur Jurisconsultus in *d. l.* 1. si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est, quod emptoris interest rem habere: Hoc autem, interdum pretium egreditur, si pluris interest quam res valet vel empta est, §. *commodum*, *Instit. de interdictis*. 2. Item *Evictionis* nomine, si in venditione de ea actum non sit, venditor pro evictione præstare debet ex natura ex empto actionis hoc quod interest, *d. l.* 60. 3. Item si quis servum ignoranti sciens prudens furem vel noxium esse, vendiderit, ex empto quanti emptoris interest eum scisse, tenetur, *d. l.* 4. huic conjungenda. Eademque ratio est contractus locati, *l.* 19. §. 1. *locati*. Ergo in *facto consistere* dicitur *hac l.* id quod interest, quia non uniformiter definiri, æstimari, taxari potest, verum arbitrarie, pro variis circumstantiis. Judicisque arbitrio, qui condemnatione taxatæ quantitatis concludere debet id quod interest, ut dicitur *l.* 3. *C. de inutil. stipul.* Alio vero sensu *facti quæstio* dicitur in *l. insulam* 13. *qui potiores in pign. l.* 1. §. 1. *quæ res pignori* & facti potius quæstio quam juris in *l. idem erit* 16. *de stat. hom.* & alibi quando scilicet incertum est, quid aut quomodo actum quid sit. Item, alio sensu, venditio, solutio, traditio facti magis quam juris dicuntur, *l.* 7. *in fin. de curator. furios.* nempe quia natura ipsa & facto æstimantur. Atenim hic *in facto magis quam jure consistere* dicitur id quod interest, quod non certa regula definiri potest, verum in æquitate quadam consistit: quodque officio arbitrioque Judicis relinquitur, non lege ulla jurisve constitutione definiri potest. Hinc interim quoque recte colligitur, duo versari in foro quæstionum seu causarum genera: Juris scilicet & facti. Quis modus autem hic Judici servandus sit, & quousque id quod interest æstimandum sit, non est hujus loci disquirere. Obiter tantum sciendum, videri olim id quod interest duplo circumscriptum fuisse, *l.* 44. *juncta l.* 43. *in fin. de action. empti*: v. & de modo interesse, *l.* 2. §. *ult. l.* 3. *&* 4. *de eo quod certo loco*. Justinianus quid hanc in partem caverit, ostendit lex *un. C. de sentent. quæ pro eo quod interest*.

De POSSESSIONIS *commodo*.

XXV. POMPONIUS *libro undecimo ad Sabinum*.

PLUS cautionis in re * est, quam in persona.

* in *rem* est: & mox, *in personam*. Haloand.

DE REI ipsius, atque adeo POSSESSIONIS, *commodo* (ut diserte vocatur §. *commodum*, *Instit. de interd.*) est hæc regula: quæ quidem quinta est e Sabinianis ad Contractus pertinentibus: cui concordant in summam quinque aliæ leges: puta *lex* 33. 126. §. 2. 128. *in princ.* 154. 204. quarum synopsin mox habebis. Latiores

tiores vero hac regula sunt illæ, quæ de Reorum favore sunt. Aliena autem ab hac regula est *lex inter eos* 19. *de re judicata*, ut recte Joannes: *occupasse* enim ibi dicitur qui prior egit, non qui possidet. Hujus regulæ species nominatim pertinet ad contractum *emptionis venditionis*, pariter ut legis superioris 24. ac nominatim argum. *l.* 27. *&* 28. *D. de evictionib.* quæ ex eodem Pomponii libro desumptæ huic conjungendæ sunt: ad adminicula & pedissequas actiones contractuum, pariter ut duæ leges superiores, 23. & 24. ac nominatim ad *evictiones*, ut argumentum præbent *dict. lex* 27. *&* 28. In diversis alioquin speciebus, variisque rationibus, plus cautionis est in re, quam in persona: & e contra, minus est actionem habere quam rem, *l.* 204. *infr.* seu melius est possidere potius quam in personam experiri. l. 1. §. 1. *de superficiebus*. Cujus rei, atque adeo commodi possessorii fides cernitur & in delictis: de quo est lex *cum par* 154. *infr.* & in civilibus: Idque partim in damno vitando; de quo est quoque *lex si servum* 91. §. 3. *de V. O.* partim in lucro: quo spectat *lex* 33. 126. §. 2. *infr.* 1. In *Judicialibus* primum. Hinc enim, cum immobilium possessores judicio sisti satisdare non teneantur, diversa causa est ejus qui non possidet, sed fundi petitionem personalem habet, *l. sciendum* 15. *seu penult. D. qui satisd. cog.* 2. in *Restitution. in integr.* Hinc minor restituitur, si cum rem ex causa judicati accipere potuisset, cautionem a debitore accepit quasi creditæ pecuniæ; quia partam ex causa judicati persecutionem novo contractu ad initium alterius petitionis redegit, *l. minor* 40. *D. de minorib.* 3. Obtinet in petitorio, seu in rei *Vindicatione*: quo pertinet *lex* 128. *infr.* Sane inter alia in rei vindicatione id obtinet, ut auctore non probante, possessor vincat, etsi nihil ipse præstiterit probetve: de quo ad eam *l.* 128. Item, is qui in alieno solo ædificat, sumptus non alias consequi potest quam si possideat, & ab eo dominus soli rem vindicet, *l. Paulus* 14. *de doli except.* 4. Locum habet in *Publiciana*: tot. tit. de Publiciana: ac speciatim ibi si duo rem acceperint a duobus non dominis, melior causa est possidentis, *l. sive autem* 9. §. *si duobus*, *de Publiciana*: quo etiam referri potest *d. l.* 128. *in princ. infr.* 5. Cernitur & ejus usus in *hereditatis petitione*, in sp. *d. l.* 126. §. 2. *infr.* sic ut & ibi neutro satisdante possessor in possessione maneat. Paulus 1 *sent.* 11. 6. Locum habet & in *Condictionibus* veluti indebiti, quo referri potest *dict. l.* 33. vel ob turpem causam; nam si par sit dantis & accipientis turpitudo, melior est causa accipientis, *l.* 5. §. 1. *de calumniatoribus*: *l. penult. C. de condict. ob turp. caus.* 7. in *Emptione-venditione*: in re quippe duobus vendita ab eodem domino, vel non eodem domino, possessoris potior ratio est, i. qui primus jus ejus apprehendit, & cui primum traditus est fundus, *l. quotiens*, *C. de rei vindic.* *l. si ea res* 31. *in fin. de action. empt.* 8. in *Pignoribus*: quo spectat lex 204. *infra*, ubi plene de eo. 9. in *Donationibus*, puta si duobus res donata sit, is cui priori possessio tradita est, potior habetur *d. l.* 15. *in fin. C. de rei vindicat.* *l. penult. Cod. Gregor. eod.* Adde & respectu *fidejussorum*, plus cautionis esse in pignore quam in fidejussoribus: de quibus aliquid sub finem hujus regulæ. Et cum varia sint possessionis commoda, inter alia est commodum *Retentionis*: Quod sane ut alibi cernitur, ut in sp. *l.* 2. *D. de leg. Rhodia*: ita & in argumento *Emptionis-venditionis*, & (quæ adminiculum seu pedissequa ejus actio est) evictionis: denique in *Actionibus empti venditi*. Sæpe scilicet retinere quid cui licet, quod petere non licet: quod quis neget maximum cautionis genus esse? Ut ecce, Naturale debitum peti utiliter non potest, & solutum tamen ex debito naturali retineri

tineri potest: Et vero species huic regulæ aptanda videtur ex *l. 29. §.1. D. de evict.* (quæ ex eodem undecimo ad Sabinum Pomponii libro desumpta, huic conjungenda est) Finge, ego rem a te emi, quæ tibi ex naturali obligatione præstita fuit, & duplam a re stipulatus sum, *si ea res mihi evinceretur*, postea rem illam culpa vel sponte possidere desii, & sic ad veterem dominum naturaliter obligatum res reversa est: adversus eum ejus rei nomine ago, & judicio succumbo, & sic res mihi evincitur: Quæritur, utrum duplæ nomine adversus te agere possim? Et definit Jurisconsultus, *in dict. l. 29. §. 1.* non posse me agere, vel saltem te venditorem doli mali exceptione tutum esse: Nempe quia possessionem ejus rei culpa vel sponte amisi, quæ possidendo retineri poterat, peti utiliter non poterat, & sic plus cautionis erat in re quam in persona: Quare nec æquum est, venditorem teneri mihi hoc nomine amissa a me ita possessione: Denique doli mali exceptione venditor sese tueri poterit. Ergo ad *Retentionis* commodum & cautionem proprie spectat species hujus legis, non proprie ad pignoris & hypothecæ utilitatem, seu tractatum: unde tamen P. Faber quoque, neque aptius ullum ad hanc regulam exemplum proferri posse rebatur: qui & ideo totus in eo est. Etsi hæc eadem regula ibi recte aptetur. Ex his patet, quam aliena sit Rævardi interpretatio seu species ex *l. 13. D. commodati*, juncta *l. 21. de rei vindicat.* ubi dicitur, ei qui commodatum accepit, si commodati condemnetur non apparentis rei nomine, cavendum esse, ut repertam rem dominus ei præstet: Neque enim istius rei hæc ratio recte redditur: ideo scilicet cavendum commodatario, quia plus cautionis sit in restituenda quam in pretio solvendo: Ratio enim hæc est, quod refuso rei pretio rei domino, æquum sit reperta ea re, commodatarium ea non privari: seu (ut dicitur *l.5. §.1.eod.*) qui hac actione egit, & oblatam litis æstimationem suscepit, REM offerentis fecit. Item ex superioribus patet, non debuisse adeo Interpretes hic sese eo diffundere, quando fidejussoria cautio, quando pignoratitia requiratur: Item, utrum obligatus dare fidejussorem, possit pignora dare: Item, utrum *cautionis* verbo, illaque formula, *recte* vel *idonee caveri*, pignoratitia an fidejussoria cautio indicetur: de quo sunt *lex 7. de prætor. stipulationibus: lex 1. §. jubet 9. D. de collatione, l. si mandatum 59. in fin. mandati: lex 4. §. 8. de fideicom. libert. lex 3. C. de V. S. l. 7. C. de fidejussor. Cautionis* quippe verbo in hac regula non accipienda est speciatim securitas, *ἀσφάλεια satisdatio* quæ *creditori* datur, eumque securum reddit: verum utilitas omnis, quæ ex possessione percipitur: omne commodum & emolumentum, momentum, pondus (ut recte Cujacius) quomodo commodum possessionis dicitur, *§. commodum, Instit. de interdictis*. Cæterum huic regulæ necquicquam obstat *lex is qui 15. sup. hoc. tit.* qua dicitur, eum qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videri, quia illa regula spectat ad causam & rationem *dominii*, reique vindicationem, ubi sane paria sunt rem habere & actionem ad rem: sed in tractatu possessionis, ac nominatim propter commodum retentionis & possessionis, quis neget, *Plus cautionis esse in re quam in persona*?

Plura qui volet de commodo possessionis, videat quæ ad concordantes huic regulas dicemus.

De

De ALIENANDÆ *rei sua libera cuique potestate, nullo expectato.*

XXVI. ULPIANUS *libro trigesimo ad Sabinum.*

*QUI potest invitis * alienare, multo magis & ignorantibus & absentibus potest.*

* aliis quibuscunque.

DE *Alienandi* jure (de quo tres alioquin sunt hoc tit. præterea regulæ: puta *lex* 119. 165. 205.) quæstio erat utrum qui rem suam alienaturus esset, destinatam saltem a se alienationem alteri denunciare prius seu significare, ejusve præsentiam expectare teneretur? Quod hac regula (quæ sexta est, seu postrema e Sabinianis regulis ad contractus pertinentibus) abscise negatur: Argumento ducto a majori ad minus (ad quem alioquin locum topicum collimant tres præterea hujus tit. regulæ, puta *lex* 21. *sup. l.* 163. 165.) Argumento, inquam, a jure alienandi invito alio, ad jus alienandi ignorante & absente eo.

Regula sic habet, *Eum qui alienare potest invitis* (aliis quibuscunque) *multo magis iisdem ignorantibus & absentibus alienare posse*. Ait lex *Alienare*. Est scilicet ea proprie de *alienationis* jure, id est de rei translatione: quanquam extendi potest ad omnem actum qui altero invito celebrari potest. Sed alienus ab hac regula Interpretum tractatus est *de solutione*: etsi fatendum, ab Ulpiano eo ipso libro 30. ad Sabinum, unde hæc regula desumpta est, de solutionibus interspersum aliquid fuisse. Facessat proinde hinc quæstio, utrum *adjecto solutionis gratia* invito altero vel absente solvi possit; quod alioquin certum est ex *l.* 12. §. *penult. D. de solutionib.* quæ ex eodem libro desumpta est. Facessat tractatus, utrum extraneus pro *alio* invito vel absente solvere possit: de quo videnda sunt quæ dicam ad *l.* 123. *in princ. infr.*

Facessat tractatus de servo desiderante sibi bona *addici* libertatum conservandarum gratia, invitis, vel ignorantibus aliis, de quo est *l.* 4. *D. de fideicomm. hered.* ubi tamen eadem ferme ratio adsignatur. Imo absistant quoque tres sequentes tractatus, qui huic regulæ obstare videantur, vel saltem ut limitationes ad hanc regulam apponuntur: Primus, de *Judiciis*, quæ etsi in invitos reddantur, attamen in his citatio requiritur, *l. de unoquoque* 47. *D. de re judic.* Secundus de *Judicibus* vel Arbitris, ubi duo e tribus judicare possunt tertio invito & contradicente, non autem eo absente & ignorante, *l. duo* 39. *D. de re jud. l. si unus* 17. §. *ult. l. sicut* 18. *D. de arbitris*. Postremus de *Capitularibus* actibus & electionibus ac decretis Collegiorum, ubi etsi paucioribus invitis & reclamantibus actus expediri possit, non tamen ignorantibus potest, arg. *l. quod major*, *D. ad municip. d. l. duo ex tribus* 39. *D. de re judic. c. venerabilium* 34. *de elect.* Neque enim in his tribus speciebus agitur de rei alicujus nostræ alienatione. Verum de juris reive alienæ administratione alicui credita quæ præsentiam ut partis, ita & omnium vel saltem partis majoris requirunt, quique si adfuissent, factum potuissent infirmare.

Quid igitur? Ad contractum *Societatis rerumque communionem* hæc reg. omnino referenda est, ut apparet ex conjunctione *legis* 14. & 16. *D. pro socio*: & *l. arbitrum* 45. *D. fa-*

D. famil. ercisc. quæ leges ex eodem Ulpiani libro 30. ad Sabinum desumptæ huic conjungendæ sunt: Et alioquin eodem pertinet *l.* 173. *D. de V. S.* ubi agitur de appellatione *collega*, & quis *absens* censeatur, de quo agitur pariter *l.* 14. §. 4. *D. de solut.* & *d. l.* 16. *D. pro socio*. Sicut igitur verum est, generaliter (quod ex Oldrado cæteri exscribunt) non esse citandum eum quo etiam invito actus expediri potest: Ita nominatim hæc reg. pertinet ad jus προτιμήσεως, Retractus vel *congrui*, ut vocant. Sensus scilicet hujus regulæ hic est, adeo quemque rei suæ justum moderatorem & arbitrum esse, ut quemadmodum ipse in alterum rem suam transcribere seu alienare invito altero potest, ita multo magis eidem destinatæ sibi alienationis denunciandæ necessitatem remissam: Adeo scilicet rei suæ alienandæ quisque jus habet, ut neque futuram seu destinatam sibi alienationem denunciare cuiquam cogatur: A quo non abludit omnino famosa *lex dudum*, *C. de contrah. empt.* & *lex* 1. *C. ne fiscus rem quam vendidit evincat*.

Proinde (ut ad propriam speciem nunc descendamus) potest socius vel consors rem sibi cum altero communem pro parte sua ita alienare vendereque, ut ne socio quidem aut consorti destinatam alienationem ante denuntiare cogatur, vel præsentiam ejus expectare: sed partis suæ alienationem liberam habet, *l.* 3. 4. *Cod. de comm. rer. al.* *l.* 1. *C. communi divid.* Et huc jam pertinet *d. lex* 14. & 16. *D. pro socio*: quæ, uti dixi, cum hac l. conjungendæ sunt: ubi agitur de ea inter socios conventione, seu pacto, ne dividatur: quo casu dicitur, nisi justa aliqua ratio intercedat, nec vendi posse: hoc sensu, venditionem quidem non impediri, sed exceptionem adversus emptorem dari. Addantur & aliæ species quibus hæc regula aptari potest ex *l. si socius* 16. *D. de rebus credit.* & *d. l. arbitrum* 43. *D. famil. ercisc.* quæ ex eodem pariter libro desumpta est, quaque id cavetur, vel unum heredem, arbitrum familiæ erciscundæ petere seu poscere posse, *præsentibus cæteris & invitis*. Et jure tamen Gallico, qui duas tertias in domo aliqua habet, socium vel consortem ad licitationem cogere potest, de quo Charondas *lib.* 9. *resp. cap.* 64. Papon. 2. *tom. Notarii lib.* 5. *cap. pratique de partage*. Sunt & alibi statuta quædam municipalia, quibus socio & consorti hac in re adversus hanc regulam favetur: veluti Mutinensi: quod illustri controversiæ cuidam ansam præbuit de Retractu ipsi venditori competente.

Ex his apparet, hanc regulam accipiendam de eo qui plene rei dominus est, & sic rem libere alienare potest. Quare facilis jam erit responsio ad ea quæ huic legi objici possunt. Sunt scilicet nonnulli, qui etsi invitis aliis alienare possint, ignorantibus tamen aliis id facere non possunt, quia scilicet plenum rei dominium isti non habent: ut ecce, creditor potest cessante debitore in solutione pignus eo invito alienare, *l.* 1. *C. debitorem vendit. pign. imped. non posse*: & prius tamen debitores præsentes denuntiationibus convenire debet, *l.* 10. *C. de pignor.* Item emphyteuticarius potest ἐμπονήματα *elaborata* sua, id est meliorationes fundi emphyteutici, invito domino alienare, & eo tamen ignorante non potest, *l. ult. C. de jur. emphyt.*

Tandem quod de alienatione hic dicitur, id ipsum & in aliis *actibus*, de quibus ut dixi non est proprie hæc reg. obtinet: puta ut quod quis alio invito facere potest, id etiam eo ignorante facere possit; ut in sp. *l.* 4. §. *illud*, *D. de fideicomm. libert.* & quam apponit primo loco Glos. *l.* 1. 2. *C. debitorem vendit. pignoris*, nisi si alia ratio sit seu diversa invisi & ignorantis, ut in sp. *l. duo ex tribus*, *D. de re judicata*: *l. item si in tres*, *D. de arbitris*, & *sp. l. cum non solum*, *C. de bon. quæ libert.*

PARS

PARS VII.

REGULARUM SABINIANEARUM.

DE

QUASI CONTRACTIBUS.

(seu actionibus descendentibus ex NEXU PERSONARUM) puta de NUPTIIS (seu de REI UXORIÆ actione) & de TUTELIS.

Quo pertinent quatuor Leges, puta lex 27. 28. 29. 30.

De PACTIS: *& quid de jure publico immutari iis possit*.

XXVII. POMPONIUS *libro sextodecimo ad Sabinum*.

Nec ex Pratorio, nec ex solemni jure privatorum conventione quicquam immutandum (1) est: Quamvis obligationum causa pactione possint immutari, & ipso jure, & per pacti conventi exceptionem: Quia actionum modus, vel lege, vel per Pratorem introductus, privatorum pactionibus non infirmatur, (2) nisi tunc, cum inchoatur, actio, inter eos convenit.

(1) i. immutare jus est seu licet. (2) alii informatur. Male.

DE Pactis est hæc regula: ubi quæstio hæc in genere tractatur, num privatorum conventione seu pactione de jure *Pratorio*, quod per Prætorem inductum est, vel de *Solemni jure*, id est quod lege, SCto, vel constitutione invectum, immutari quid vel infirmari possit? ac nominatim *in Obligationibus* & *Actionibus*: Id quod hac regula negatur: duabus differentiis seu distinctionibus propositis: quarum prior hæc est: Ex Prætorio vel solemni jure, nil immutari posse: obligationum vero causas, & actionum modum, lege vel per Prætorem introductum, pactionibus privatorum infirmari posse: & quidem (quæ altera jam distinctio hic proponitur) ipso jure, si tunc cum inchoatur actio, de eo convenit, per pacti conventi vero exceptionem, si ex intervallo. Hæc ut intelligantur, termini prius explicandi sunt. *Pratorium* jus recte definit Papinianus *in l.* 7. §. 1. *D. de justitia & jure*, id esse, quod prætores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam: est proinde hoc jus extraordinarium & velut supplementum juris civilis. *Solemne* vero

 jus,

jus, est Jus Civile, ut recte quoque Cujacius. *Solemne* scilicet & alias idem cum ordinario: proinde jus solemne, quod ex ordinaria via, ratione, auctoritate jura constituentium proficiscitur, non extraordinaria, ut est jus Prætorium. Quod quidem aperte ex duobus hac ipsa lege expressis colligitur, nam & solemne jus Prætorio opponitur: pariter ut jus civile apud Papinianum *d. l. 7. in princ. & l. Sejo 14. de fide testium*, qui jus civile ex Legibus, Plebiscitis, SCtis, Decretis Principum venire ait: Et, quod secundum, id quod solemne jus initio hujus legis dicitur, mox *lege introductum* vocatur: Ut mirer ad id non attendisse quamplurimos Interpretum. Male etiam Ferrarius & Cagnolus, qui de sola *lege* 12. Tabularum id accipiunt, ex qua solemnes actiones descenderunt, quæque solemniter seu solemni modo per trinundinum publice exposita, proquiritata, & exinde recepta fuit. 2. Male, qui solemne jus Prætorio hic oppositum interpretantur, solemnitatem, & subtilitatem, & scrupolositatem, argum. *l. posthumus 12. D. de inoff. test.* 3. Neque rectius Ravardus, qui jus usitatum interpretatur, communi quodam civium consensu receptum. *Solemnis* certe juris istius, hoc sensu, nulla, quod sciam, alibi mentio occurrit. Nam quod in *l. 12. Cod. de pignorib.* dicitur, *solemni jure creditorem convenies*, id accipiendum de solemni more & solemnibus judiciorum: quomodo & *solemnia* accipiuntur *l. etsi nihil 183. infr. h. t.* quam nonnulli perperam huc trahunt. Hactenus de Prætorio & solemni jure (seu civili) quæ utraque jus commune efficiunt: unde Basilica hæc duo per *τὸ κοινὸν νόμιμον, commune institutum* explicant: nos, *publicum* jus utrumque vocemus. Nunc de hujus regulæ sententia, deque utriusque juris illius vi. Utrumque scilicet jus obligationum & actionum essentiam seu substantiam determinavit, ad æquitatis, honestatis, utilitatis, finem formamque; substantiam, inquam, contractuum, ut eam vocat Papin. *in l. pacta 72. in pr. vers. an idem, D. de contr. emption.* Qua causa nec ex Pretorio, nec ex solemni jure privatorum conventione quidquam immutari, jus esse hac regul. definitur: etsi obligationum causæ, vel actionum modus, lege vel per prætorem introductus privatorum pactionibus immutari possint, & infirmari. Atque ita jus Prætorium & solemne opponitur *obligationum causis* & *actionum modo*, lege vel per Prætorem introducto. Quare hac jam descriptione liquet, cur quove sensu ex Prætorio vel solemni jure privatorum conventione nil immutari possit: Nempe, eo ipso sensu quo privatorum conventio juri publico non derogare dicitur *l. 45. §. 1. infr. h. t.* Quo sensu dixit Papinianus *l. 38. D. de pactis*, jus publicum privatorum pactis mutari non posse: & idem *l. 15. §. 1. D. ad leg. Falcid.* privatorum cautione legibus, seu juri publico non esse refragandum; idemque *l. ult. D. de suis & legit.* privatorum cautionem legum auctoritate non censeri; ut scilicet leges abrogare, vel potius iis derogare valeat: Denique, juri publico testatorem derogare non posse, *l. Cerdonem 42. l. in de oper. libert.* quomodo idem ait *l. 42. de pactis*, pactis privatorum formam juris fiscalis convelli non posse. Quo sensu dixit Paulus, *in l. 5. in princ. D. de pact. dotal.* publicam coercitionem privata pactione tolli non posse. Quo sensu dixit idem Pomponius *l. nemo potest 55. D. de legat.* 1. neminem posse in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant. Quo sensu dixit Ulpianus, *in leg. 2. §. 8. D. de administ. rer. ad civit. pertin.* jus Reipublicæ pacto mutari non posse: Quo sensu idem dixit, *in l. 1. §. 9. D. de magist. conven.* conventione Duumvirorum jus publicum mutari non posse: Atque ut hæc similiaque in aliis juris

juris articulis obtinent, ita & in contractibus & quasi contractibus locum habent: seu, ut hac regula dicitur, *in obligationibus & actionibus*: Nam & ibi Prætorium & solemne quoddam jus versatur: quæ scilicet eorum substantiam & naturam præscribunt. Exemplo sit, quod definitur *in l.* 23. *supr. l.* 27. §. 3. *de pactis*, *l.* 1. §. 7. *depositi*, non valere in contractibus, si convenerit *ne dolus præstetur*: id enim bonæ fidei judicio contrarium est, contraque bonos mores. Exemplo esse possunt pacta, quæ a JURE COMMUNI remota generaliter servanda non esse dicitur, *l. juris gentium* 7. §. *generaliter* 16. *de pactis*: vel, alio jam sensu, a re privata remota (retinenda enim hæc lectio, contra quam Cujacius I. *Observ.* 24.) *d. l.* 27. §. 4. Exemplo sit, quod definitur *in d. l.* 7. §. 14. *eod. tit. de pact.* in omnibus ad Edictum PRÆTORIS pertinentibus, quæ ad publicam læsionem respiciunt, pacisci non licere. Exemplo sit emptio-venditio, ubi conveniri non posse dicitur, ut ne rei venditæ dominium in emptorem transferatur *l.* 80. §. *ult. de contrah. empt.* Item societas: ubi conveniri non potest, ut alter sociorum lucrum, alter damnum sentiat, *l.* 29. §. *Aristo*, *pro soc.* Depositum item: ubi conveniri non potest, ut dominium transferatur: quod pactum dicitur excedere notissimos terminos depositi: *l. Lucius* 24. *depositi*. Atque hoc tandem est *jus* illud *Prætorium* & *solemne*, quod hic vocatur, quodque immutari non posse privatorum conventione seu pacto definitur: Denique JUS est, quod dicitur lex naturæ negotii tribuere, forma sua, *d. l.* 27. §. 2. *in fine D. de pactis*: natura contractus, *l.* 24. *in fin. depositi*.

Obligationum vero *causæ* hac l. sunt, non substantialia, seu quæ de substantia contractuum sunt, ut vocatur *d. l. pacta* 72. *de contr. empt.* & *l.* 3. *Cod. eod.* seu de natura rei interna, formaque essentiali, scilicet verum quæ sunt de contractuum *natura* (externa scilicet) ut vocatur *d. l. juris gentium* 7. §. 5. *vers. idem responsum*, *de pactis*: *l. naturalis* 5. §. 4. *de præscriptis verbis* (unde liquet, contractuum *naturam* aliquando de interna, aliquando de externa dici) quæ sunt moris & consuetudinis, *l. quod si nolit* 31. §. *quia* 20. *de ædilit. edicto*: ut sunt præstationes ferme quæ in singulis contractibus vel quasi naturaliter insunt judicii potestate, ut loquitur *lex* 11. §. 1. *de actionib. empt.* de quibus prolixe ad *l.* 23. *sup.*: quid, inquam, præstare debeant contrahentes, *l. in emptionibus* 43. *de pactis*: quod quidem etiam *jus & causa crediti* vocatur *in l.* 24. *in fin. de præscr. verbis*. Et sic omnia, quæ qualitates & accidentia contractuum respiciunt, naturalia externa: quæque adeo rem & utilitatem familiarem seu privatam tantum contrahentium spectant, ex quibus in obligationem sive expresse sive tacite deductis, privatum conciliatur commodum, & exinde obligatio & actio: denique modus, accessio, tempus, conditio: hæ quippe ferme quatuor obligationum causæ sunt, ut ait JCtus *in l.* 44. *de oblig. & act.* aut enim dies in his est, aut conditio, aut modus, aut accessio. In materia venditionis vocat ea Papinianus, *in d. l. pacta conventa* 72. *de contrah. empt.* adminicula: pedissequa emptionis *παρακολουθήματα*, *consequentias*, Justinianus: Paulus, *in l.* 5. *in princ. D. de act. empt.* vocat reliqua, quæ per consequentias emptionis propria sunt. Ulpianus *in l.* 13. §. 3. *de jurejurando*: & *l.* 5. §. 7. *de reb. eorum qui sub tutela*, cætera venditionis: ut est rei traditio, & de evictione stipulatio, seu cautio duplæ, *d. l.* 72. & *d. l.* 13. §. 3. Et hæ quidem etiam causæ obligationum introductæ sunt *ex lege* vel *per Prætorem*. Quare, quæ initio hujus regulæ *obligationum causæ* dicuntur, mox fine legis vocantur, *actionum modus*,

dus, *vel lege*, *vel per Prætorem introductus*. Promiscua scilicet eademque sunt hic, & vocantur, *obligatio & actio*, mater scilicet illa, hæc filia: promiscua, *causa obligationis* & *modus actionis*. Ergo, cum Prætorium & solemne jus privatorum conventione immutari non possit, obligationum tamen causæ, modique, vel lege, vel per Prætorem introducti, mutari possunt, conventione scilicet seu pacto partium: quo pertinet etiam vers. *sed hæc ita*, *legis contractus* 23. *supr*. Hoc sensu Ulpianus dixit, *in l.7.§.5.de pactis*, extra naturam contractus emptioni aliquid adjici seu conveniri posse. Hoc Paulus, *in l.* 5. §. 4. *de præscrip. verb.* mandatum ex pacto naturam suam excedere posse. Hoc dicitur *in l.7.* §.5. *de pactis*, aliquid extra naturam contractus conveniri posse. Hoc sensu auctor ad Herennium, & Cicero ipse, *libro* 2. *de Inventione*, dicunt, pacta JURI præstare. Exemplum quoque esto in Deposito: In deposito scilicet sui natura culpa non præstatur, & tamen si convenerit ut etiam culpa præstetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventione accipiunt, *d. l.* 23. *sup. l.* 1. §. 6. & 35. *depositi*: *l.* 1. *Cod. eod.* Esto & hoc exemplum in Commodato. Obligationis sive actionis commodati causa sive modus hic est, ut culpa & diligentia in eo præstetur: atenim hæc causa, hic modus infirmari, immutari potest, *d. l.* 23. *sup.* sic ut plus minusve ex conventione præstetur. Item in Venditione: In ea scilicet obligationis causa, & modus actionis est, seu naturaliter hoc inest venditioni, ut venditor de evictione teneatur: & tamen pacto-convento huic *causæ*, huic *modo*, huic *naturæ* actionis empti, detrahi potest, ne scilicet venditor de evictione teneatur, *l.* 72. *de contrah. empt. l. ex empto* 9. §. *ult. de actionibus empti*: *l. si fundum*, *D. de evictionibus*: ne duplæ cautio præstetur, *d. l.*72. Quare & contra Edictum Ædilitium pacisci licet, ut ne redhibitoria agatur, *l.* 32. 41. *de pactis*: *l.* 14. §. *pen. D. de ædil. edict.* quæ & ipsa juris honorarii portio est. Idemque dicendum de solemnitatibus, quæ privatorum tantum favorem & utilitatem respiciunt. Ita sane quoque valet conventio inter litigantes, ut stetur depositioni testium non juratorum, *cap. tuis extra de testibus*.

His ita cognitis & perspicue demonstratis, nunc de genuina *specie* hujus regulæ videamus. Enimvero, pertinet ea proprie ad *pacta dotalia*: ut ostendunt aliæ leges ex eodem Pomponii *libro* 16. ad Sabinum desumptæ, unde & hæc regula petita est, quæque adeo illi coassandæ sunt: puta *lex* 5. *D. de sponsalib. l.* 32. *D. de jure dot. l.* 9. *de pactis dotalibus*: *l.* 11. 16. 18. *soluto matr. l.* 4. 8. 10. *rerum amotar*. Et speciatim pertinet ea ad *Rei uxoriæ actiones* soluto matrimonio: quo pariter spectant *lex* 28. & *lex* 30. *inf.* ubi pacta ferme legem facere solent: de quibus peculiaris etiam titulus in Digestis, *de pactis dotalibus*: in Codice, *tit. de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias & paraphernis*. Et sane de pactis his dotalibus hoc libro egit Pomponius, ut hac l. ita tribus præterea aliis, puta *d. l. si ita conveniat* 9. *eo tit. de pactis dotalibus*: *l. si cum dos* 8. *rerum amotar. l. sub hac conditione* 8. *de oblig. & action.*

Species ut recte ponatur, positaque melius intelligatur, sciendum est, soluto inter virum & uxorem matrimonio, varias actiones tum *solemni jure* seu lege tum per *Prætorem* tributas proditasque fuisse: ac nominatim a parte mulieris, pro dotis repetitione, actione rei uxoriæ, vel actione ex stipulatu: vice versa variæ merito retentiones ex dote ipso jure competebant, ob mores videlicet ob res donatas, ob res amotas, ob impensas necessarias, denique propter liberos, etsi id dictum, id est pactum seu conventum

non

non fuisset, *d. l.* 8. *rerum amotarum*. Quæ quidem retentiones pleræque omnes publica aliqua ratione introductæ fuerunt. Nunc finge: Pactis dotalibus convenisse de die reddendæ dotis, ut soluto matrimonio dos ulteriore die redderetur, quam dato statutove legibus tempore? Sane hoc pactum dotale non valet. *l.* 12. §. 1. *l.* 14. 15. 16. 17. *D. de pactis dotalibus*: quia dotis reddendæ tempus, quando ea petatur, si acceptum est ut ad JUS pertineat, in quo voluntas contrahentium non servatur, ut expresse dicitur *d. l.* 12. §. 1. JUS suum est. Unde & Paulus 1. *sentent.* dixit, sponsionem dotis pacto mutari non posse, quia privata conventio juri publico non derogat. Denique conveniri quidem potest, ut citeriori die dos reddatur, *dictis legibus*: quod etiam Ulpianus *in fragm.* definit. In marito speciem quoque ponamus. Finge, pactis dotalibus convenisse, ut soluto quandocunque matrimonio maritus agere non possit, ob mores uxoris, ob res donatas, ob res amotas, vel ob impensas necessarias? Pactum hoc dotale servandum non est: quia solemne hoc jus est, publica utilitate aliqua introductum. Paulus *lib.*7. ad Sabinum in *l.* 5. *D. de pactis dotalib.* Itaque conveniri non potest, ne de moribus agatur, vel ut plus aut minus exigatur, ne publica coercitio privata pactione tollatur, *d. l.* 5. *in princ.* Non potest conveniri, ut ne ob res donatas vel amotas agatur: quia altero pacto mulieres ad furandum invitantur, altero JUS civile impugnatur, *d. l.* 5. §. 1. JUS CIVILE, id est ut *hac l.* dicitur, jus solemne, quo donationes inter conjuges vetitæ sunt. Denique conveniri non potest, ne ob impensas necessarias maritus agat: quia tales impensæ dotem ipso JURE minuunt, *d. l.* 5. *in fin.* ipso jure, id est solemni jure, ipsaque rerum utilitate deposcente, ne maritus alioquin, præscissa spe necessarium impensarum recuperandarum, rem uxoriam contemptim, incuriosius & insuper habeat, negligat, & sic eam perire sinat, quam Reipublicæ interest salvam esse, propter quam mulier nubere possit, *l.* 2. *de jur. dot.* Et hæc omnia ita prodidit, ut dixi, Paulus *lib.* 7. ad Sabinum (qui *libro* 16. Pomponii, unde hæc regula desumpta est, respondet) *in l.* 5. *de pactis dotalib.* His adde, quod dicitur in *l.* 2. *Cod. de inutil. stipul.* pacta ne liceat divertere, non valere. Ut & quod ab eodem Pomponio (proxime superiore libro, qui & ipse fuit de rei uxoriæ actione) dicitur in *l.* 19. *de V. O.* stipulationem pœnæ præter eam quæ lege comprehensa est si culpa divortium factum fuerit, non valere: quod & ipsum definitur *d. l.* 2. Adde & speciem *l. Titia* 134. *in princ. de V. O.* Aliud itaque fuerit, si inter conjuges convenit, ut ne retentio dotis fieret soluto matrimonio propter liberos, seu ob numerum liberorum: hæc enim *obligationis causa*, hic *actionis modus* lege præfinitus tantum est: id est privilegium hoc privatam tantum spectat utilitatem: etsi secundario quoque referatur ad publicam: nempe ut Respublica sobole repleatur.

Et hactenus quidem de priore differentia seu distinctione inter jus Prætorium & solemne, & obligationum causas, seu actionum modum: quod illud conventione immutari, infringi non possit; ista possint. Sequitur altera distinctio seu differentia circa hoc posterius. Nempe, obligationum causas, seu actionum modum conventione ita immutari, infringi posse, ut quandoque ipso jure, quandoque per pacti conventi exceptionem immutentur: Nempe, si pactum *cum inchoatur actio*, ut hac l. dicitur, id est si in initio actus sive contractus, ex continenti, in ipso contractu, in ingressu contractus, pactum initum fuerit, *l.* 7. §. *quinimo* 5. *de pact.* ipso jure, civili scilicet seu solemni

lemni & Prætorio, valeat, ad infirmandum modum actionis, seu actionem informandam, *d. §. 5. & l. 3. de rescind. vend.* quia scilicet pars est contractus, eique inest, efficitque, ut actio ex contractu non detur talis qualis alioquin jure prodita est, verum qualis pacto informata est: sin postea, ut Papinianus in *l. pacta conventa 72. de contrah. empt.* seu ex intervallo, ad exceptionem tantum prodest, *l. 6. D. de rescind. vendit. dict. l. 7. §. quinimo 5. de pactis: l. lecta, D. de rebus creditis: d. l. 72. de contrah. empt.* nisi pactum ex intervallo factum sit super iis quæ ex eodem sunt contractu: nam tum & actionem pariunt & insunt ex parte agentis, *dict. l. 7. §. adeo, de pactis*: quod recte explicavit V. CL. Merillius, 3. *Observ.* 21. 22. 23. Ergo, si quid convenit, cum inchoatur actio, id ad actionem valet: *cum inchoatur actio*, id est cum actionis prima fundamenta jaciuntur; obligatio enim & contractus actionis mater est: sic *actio* jam tum *inchoatur*, cum obligatio contrahitur. Neque enim hic audiendi sunt Interpretes, qui *actionem* pro actu interpretantur. Ille sane gravior error est eorum, qui fine hujus l. pro *nisi* emendant, *nec si*: in errorem eo inducti, quod non viderunt, *obligationum causas*, & *modum actionum* pro eodem hic accipi: atque ideo *actionum modum*, pro Prætorio & solemni jure ipsi accipiunt: aperte enim *modus*, *Prætorio & solemni juri* hic opponitur.

DONATOR *quatenus conveniri possit.*

XXVIII. ULPIANUS *libro trigesimo sexto ad Sabinum.*

*Divus Pius rescripsit, eos qui ex liberalitate * conveniuntur, in id quod facere possunt, condemnandos.*

* *Sua*, additum in Haloand.

DONATOREM in id tantum quod facere potest μέχρις εὐπορίας donec dives sit, ut Græci) conveniendum & donatario condemnandum hac regula definitur: Quæ quidem secunda est e Sabinianeis, quæ circa *rei uxoriæ actionem* soluto matrimonio versantur, regulis. Pertinet ea scilicet ad donationes & liberalitates dotalitias, donationesque inter virum & uxorem; ut ostendit ex eodem Ulpiani *libro* 36. ad Sabinum *lex 6. de sponsalibus: l. 27. 29. de jure dot. l. 33. de donat. inter vir. & uxor. l. 12. 19. soluto matrim. l. 1. 3. 5. 7. 9. de impensis in res dotales: l. 7. rerum amotarum*: eodemque pertinet & *lex 49. de pactis*: Denique proprie, actionum soluto matrimonio competentium occasione, hanc regulam proposuit Ulpianus. Antequam eam explicemus, observanda nonnulla. Primo, hanc regulam exscriptam ex *l. si extraneus 33. de jure dot.* restituto hinc libri numero qui illi legi inscribitur: pro *sexto* scilicet *trigesimo sexto*: quod etiam Cujacius & Pet. Faber jam monuerunt, & Labittus: quam quidem etiam legem hic recte allegat Glossa; idque etiam argumento dictæ *legis 27. 29. eodem tit.* quæ ex eodem libro Ulpiani 36. ad Sabinum desumptæ sunt: Secundo observandum, concordare huic regulæ in eodem argumento *legem in condemnatione 173. in princ. inf. hoc tit.* Tertio monendum, perperam hanc legem a Cujacio de regularum numero expunctam: nam ut maxime rescripto seu constitutioni D. Pii ea accepto feratur: ut maxime sin-

ſingulare privilegium contineat, attamen in regulam juris id tranſiiſſe certum eſt: cujus non una etiam alibi mentio extat, *l.* 20. *l.* 41. §. *ult. de re judic. d. l.* 33. *de jure dot.* in regulam juris, inquam, tranſiiſſe, cum antea, id eſt, ante D. Pium contraria regula obtineret: nempe quemlibet debitorem in ſolidum condemnandum, & capitis diſtractiſque pignoribus judicatum facere cogendum, *l. Labeo* 84. *de jure dot.* Hoc, inquam, jus regulare erat, ut ſolidum creditor conſequeretur, etiam donatarius a donatore. Atenim ex reſcripto D. Pii ſingulari beneficio ſeu privilegio donator excipi coepit, eaque exinde regula ſeu juris conſtitutio conſtituta, uti ſi quis ex liberalitate conveniretur, non in ſolidum, verum in id tantum quod facere poſſet, condemnaretur. Quinimo videri poſſit, D. Pium hoc reſcripſiſſe non Reſcripto aliquo ſpeciali ad conſultationem Judicis alicujus, vel ad preces privati emiſſo, verum generali aliqua conſtitutione ſanxiſſe, ut ita *Reſcribendi* verbum hic de generali quoque conſtitutione accipiatur. Sane hæc Divi Pii conſtitutio vocatur, *l.* 20. *l. Neſennius* 41. §. *ult. D. de re judic.* Verum in hoc vim non facio. Denique, quod initiò dixi, in regularum cenſum veniunt etiam id genus breves ſententiæ, quæ REI, & conſtitutionis, alicujus ſummam & velut cauſæ conjectionem continent.

Ex liberalitate autem ait lex, generaliter ſeu indefinite, quæcunque tandem illa ſit, ſi modo mera liberalitas ſit, id enim demum *donari* creditur, quod nullo jure cogente conceditur, *l.* 82. *infr.* Etiamſi in conſtitutum deducta ea fuerit *l.* 33. *D. de donation. Cauſam enim* (inquit ea lex) *& originem conſtituti, non judicii poteſtatem prævalere placuit*: Pariter etſi poſtea condemnatus ex ea donator fuerit, *d. l.* 33. Imo etſi dotis cauſâ donatum, ad quam ſpeciem proprie aptari hæc regula debet: ut apparet ex *d. l. ſi extraneus* 33. *D. de jur. dot.* ubi hoc ipſum Divi Pii reſcriptum laudatur, imo unde hæc regula, ut dixi, deſumpta eſt. Aliud vero fuerit, ſi quis ex aliena liberalitate conveniatur, puta heres, qui utique hoc privilegio non potitur, *l.* 12. 13. 15. *D. ſoluto matr. l.* 24. 25. *D. de re judic.* (excipe pollicitationem in ſp. *l.* 6. 9. *pen. & ult. de pollicit.* ubi oſtenditur deminutionem pollicitationis quandoque heredibus fieri) Item aliud fuerit, ſi ex donatione remuneratoria quis conveniatur: ratione æquabili quæ redditur in *l.* 25. §. *conſuluit, D. de hered. petit. l. Aquilius Regulus* 27. *& l. hoc jure* 19. §. *Labeo*, *& §. fin. & penult. ſeu* 34. *D. de donat.* Item aliud fuerit, ſi ex ſecuta donationem delegatione quis conveniatur, ut maxime res originem capiat ex liberalitate, *l.* 33. §. *ult. D. de donat. & l. Neſennius* 41. *D. de re judic.* Denique aliud fuerit, ſi traditione ſemel facta donator rei vindicatione conveniatur *dict. l.* 41. §. 1. Horum omnium hæc ratio unica eſt, quia non jam ex liberalitate his caſibus quis convenitur, verum aut hereditario jure, aut jure debitoris, aut titulo remunerationis, aut jure poſſeſſionis: Atqui regula noſtra eſt de conventis ex liberalitate.

In id igitur quod facere poſſunt conventi condemnantur donatores: & quidem ita, ut licet aliæ quoque perſonæ ſint, quæ (propter *σχέσιν convenientiam* perſonarum, vel *τὴν αἰδῶ decentiam*, ut loquitur Hermopolites ad hanc *leg. & l.* 173. *infr.*) in id quod facere poſſunt condemnantur, ut ſunt de quibus agitur *l.* 173. *infr. hoc. tit. l.* 63 §. 3. *D. pro ſocio: l.* 33. *de jure dot. l.* 12. 54. *D. ſoluto matrim. l.* 16. 17. 18. 19. §. 1. *& l.* 20. *D. de re jud.* (in qua poſtrema hujus quoque conſtitutionis Divi Pii mentio fit) puta maritus de dote conventus, ſocius omnium bonorum, parentes, patroni, eo-

eorumque parentes & liberi, miles denique: attamen non tam plene his consultum fuit, ut consulitur iis qui ex liberalitate conveniuntur. Nam, ut eleganter ait *l. 49. D. de re jud.* pinguius donatori succurrere debemus quam ei qui verum debitum persolvere tenetur: ne (ut subjicitur sequenti *l. 50.*) liberalitate sua inops fieri periclitetur. Quare, cum in cæteris non etiam deducatur æs alienum *l. 19. §. 1. in fin. l. 49. D. de re jud. l. 54. D. soluto matrimon.* solus donator, qui ex liberalitate convenitur, etiam æs alienum deducit: Omni demum scilicet ære alieno deducto donator facere posse intelligitur, *l. 16. 19. §. 1. dict. l. 49. & 50. D. de re judic. d. l. 54. D. soluto matrimonio*, quam postremam legem observandum est desumptam esse ex Pauli libro *De jure singulari*: Nam hoc est quod diximus, de jure singulari seu privilegio & beneficio juris certis personis dato, hac regula agi: de quo privilegii genere speciatim agitur *l. 68. & 196. infra, hoc tit.* Ergo donator in quantum facere posse dicitur, in quantum æs alienum patitur: Item, ita ne egeat, nam & hactenus quoque ipsius ratio habenda est, ut ipsi aliquid sufficiens relinquatur *l. 19. §. 1. l. 30. de re jud.* de quo plura ad *leg. 173. in princ. inf.*

De VITIOSO *ab initio.*

XXIX. PAULUS *libro octavo ad Sabinum.*

Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

VITIOSUM seu inutile ab initio utrum convalescere postea possit tractu temporis, quæritur? Et non posse hac regula definitur, quæ proprie spectat ad Tractatum de *Tutelis*: ut recte quoque P. Faber indicavit. Hoc enim libro octavo ad Sabinum Paulum *de Tutelis* egisse docent ejus libri fragmenta omnia, sex numero, puta *l. 4. 17. D. de tutel. l. 2. 4. D. de tutel. & ration. l. 3. D. de auctor. tut. l. 27. D. de contrah. empt.* Unde apparet, hanc legem postponi debuisse legi proximæ, quæ ad actionem Rei uxoriæ spectat. Species hujus regulæ eo pertinet, ut indicetur, auctoritatem Tutoris STATIM IN IPSO NEGOTIO requiri: quam in rem est expressa Gaji *lex obligari 9. §. tutor. 6. D. de auctor. tutor. Statim in ipso negotio*, ait Gajus, *d. loco: initio*, ait hæc lex. Alioquin post tempus interposita auctoritas nihil agit, ut subjicit Gajus, *d. loco*: & ut hic dicitur, quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. Et huic tamen definitioni Gajoque JCto opponitur Ulpianus *lib.* 8. ad Sabinum, in *l. si quis mihi 25. §. jussum 4. D. de adquir. hered.* ubi ait, tutoris auctoritatem interponi (recte scilicet) *perfecto negotio*: & in eo non esse simile jussum ejus qui in potestate habet; quia jussum præcedere debet. Cujacii conciliatio, vel interpretatio, *lib.* 13. *Observ. cap.* 31. nunquam mihi placuit, qui autumat, si statim atque peractum est negotium tutor in præsenti auctor fiat, satis esse, nec quidquam nocere si in ipso tractatu & gestu negotii non interfuerit, atque hanc esse Ulpiani sententiam. Nam imo in ipso negotio & tractatu tutorem præsentem esse oportet: Quare levi tantum emendatione rem conciliari oportet: rescribendum enim in *d. §. 4. provecto negotio*. Scilicet satis est interponi tutoris auctoritatem PROVECTO NEGOTIO: contra jussum

ejus

ejus qui in potestate habet PRÆCEDERE debet: opponuntur scilicet *præcedere*, & *provecto negotio* interponi: id est, quod jam tractatur, promovetur: ut ita velit Ulpianus, etsi *non præcesserit* tutoris auctoritas, si tamen ipsi negotio; superveniens, & *provecto negotio*, auctoritatem suam interponat, satis esse. *Provectum negotium* est, quod jam aliquo usque processit, promotum est, nondum tamen perfectum. Quo sensu passim *provecta* quædam dicuntur apud scriptores: vide vel *Tacitum*. Et hunc quidem casum, qui tamen hujus regulæ genuinus est, cum varios alios afferat, omisit Glossa. Huic cæteroquin regul. in summam concordant duæ præterea hujus tit. leges, puta *lex* 201. 210. *infra*, *hoc tit.* ubi ostenditur, hanc regulam in testamentis & in heredum quoque institutionibus obtinere, & in Legatis: Quæ sententia est Regulæ Catonianæ. Imo latissime, si quæ alia patet hæc juris regula: In cujus applicatione ne labamur, & ut contrariis seu objectionibus nonnullis, quæ moveri possunt, satisfiat, unica distinctio servanda est: Nempe, in iis negotiis & actibus, in quibus leges pro forma statum personæ & rei præsentis spectari jubent, & ex quibus negotium statum seu substantiam capit, denique in quibus semel tantum velle possumus: In his, inquam, omnibus actibus hæc regula nostra locum obtinet, sive de contractibus, sive de testamentis agatur, sive de actionibus.

In contractibus: ut ecce, in hac ipsa specie nostra auctoritas tutoris pro forma & substantia negotii desideratur: Quare initio, id est provecto etiam negotio eam interponi oportet: Rursum ad substantiam & formam contractuum pertinet, ut res de qua agitur, sit in commercio hominum: Quare si initio non fuerit, etsi postea esse cœperit, non ideo negotium sustinetur, *l.* 38. §. *sacram*, *D. de V. O.* & *l. continuus* 137. §. 10. *eod. tit.* §. 1. *Instit. de inutil. stipul.* ubi dicitur, non secundum futuri temporis jus, sed secundum præsentis æstimari debere stipulationem. Tandem ad substantiam contractuum pertinet; ut qui contrahit, contrahendi jus habeat: Quare in PRAXI, si mulier in Gallia sine consensu mariti contraxerit, soluto quamlibet matrimonio contractus non valet, quam in rem varia sunt Parlamenti Parisiensis Arresta: Et hæc de Contractibus.

Testamentorum par ratio est, quo proprie refertur Regula Catoniana, sive ipsum testatorem spectes, sive heredem instituendum, sive heredem institutum, sive legata: Testatorem, inquam, initio quippe testamenti conditi testandi jus eum habuisse oportet, neque ideo quia ex postfacto seu tractu temporis testabilis esse cœpit, testamentum sustinebitur, *l.* 8. 19. *D. qui testam. fac.* de quo tamen vide quædam *infr. ad leg.* 191. *Heredem*, pariter instituendum: Quare si pater filium testamento præteriit, & postea filius decesserit; non ideo testamentum sustinebitur, §. 1. *Inst. de exher. liber.* Dixi etiam, *heredem institutum*: hinc illud est quod dicitur in *l.* 210. *infr.* Quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto eam convalescere non posse: Denique dixi, *Legata*: Nam & eo pertinet decantata illa regula Catoniana. Si testamenti facti tempore inutile sit legatum, non valere id quandocunque testator decesserit. Tandem claudatur hoc, regula generali *legis* 201. *infra*: Omnia quæ ex Testamento proficiscuntur, ita statum capere & eventum, si initium quoque sine vitio acceperint.

Actionum quoque par ratio est; nam & hæ nisi initio valeant, ex postfacto non convalescunt. Nempe actiones legitime ab initio ordinatas oportet, ut in specie *l.* 2. §. *ult.*

R 2 *D. quod*

D. quod jussu, *l. 17. in princ. D. de furtis: l. penult. D. de noxal. action.* Tandem his omnibus casibus, quæ initio sui *ἀυπόστατα subsistentiam non habentia* sunt, semel & semper sunt.

At enim si non pro forma & substantia quid negotio substernatur, & prohibitionis causa temporaria sit, tum sane quod vitiosum initio erat, etsi non solo temporis tractu, attamen ex novo quodammodo consensu & voluntate convalescere incipit, sive de contractibus quæratur, sive de quasi contractibus, nuptiis, testamentis, legatis. De *contractibus*, inquam, ideo si rem alienam obligavero pigneri, ejusque postea dominium consecutus fuero, obligatio utiliter confirmatur, *l. 41. D. de pignor. action. l. 22. D. de pignor. l. 5. C. si res alien. pign.* Pariter, si rem dotalem uxoris meæ constante matrimonio inutiliter alienavero, posteaque conjugi heres extitero, alienatio convalescit, *l. 22. D. de usucap.* Pariter, si unus ex sociis initio servitutem inutiliter constituerit, secuta sociorum cessione servitus confirmatur, *l. ult. D. commun. præd.* Idem obtinet & in *Donationibus*: Nam si Rectori provinciæ quid in officio donavero, deposito officio donatio jam confirmata valet, *l. 1. C. de contract. judic.* Idem obtinet in *donationibus inter conjuges*, quæ initio invalidæ tractu temporis in eadem voluntate decedente conjuge convalescunt: Eadem ratio quarundam *Nuptiarum*: Nuptiæ quippe ab initio vitiosæ inter minorem XII. vel XIV. annis justa postea ætate confirmantur, *l. 4. D. de ritu nupt.* Item nuptiæ contractæ inter Senatorem & libertinam, & sic vitiosæ, amissa dignitate convalescunt, *l. 7. D. de Senator. l. 27. D. de ritu nupt.* Nuptiæ pariter inter mulierem provincialem & officium in provincia gerentem contractæ, deposito officio convalescunt, *l. 65. §. 1. D. de ritu nupt.* Quorum omnium hæc unica ratio est, quia his casibus prohibitionis causa temporaria fuit, neque res quæ negotio intercessit, seu negotium impediebat, substantiam aut formam negotii afficiebat.

Addatur, neque in his hanc regulam obtinere, in quibus non ex præsenti negotium perficitur, sed in futurum, aut a lege aut a testatore, aut a contrahentibus, negotium confertur, ut in specie *legis 3. & 4. D. de Reg. Caton. l. 41. §. 2. D. de legatis*. In speciebus totius tituli, *Quando dies legatorum*, in spec. *l. un. §. libertatem, C. de caduc. tollend. l. 2. D. de excusf. tutor.* In his quippe omnibus casibus totius negotii vis a fine & eventu pendet, & tamdiu in suspenso est. Quamquam & in his ferme omnibus speciebus non tam res ab initio VITIOSA est, de quo est hæc regula, quam in effectum deduci non potest. Denique perpetua est hæc regula, suos intra fines coarctata: Qua causa formula illa NON POTEST peremptoria hic eodem sensu posita, quo alibi sæpe.

NUPTIAS *quid faciat*.

XXX. ULPIANUS *libro trigesimo sexto ad Sabinum*.

NUPTIAS non concubitus, sed consensus facit.

NUPTIÆ unde æstimari, & a quo tempore computari debeant, hac regula (quæ superiorem antevertere debuit, servato materiarum ordine) definitur: ad eum videlicet finem, uti liqueat, quinam conjugum, maritorum & uxorum jure censeri de-

debeant. Porro, quemadmodum hæc regula ex eodem trigesimo sexto ad Sabinum libro, unde desumpta est *lex 28. sup.* petita est: ita & ad eundem juris articulum spectat, ad actiones, inquam, soluto matrimonio inter conjuges utrimque competentes; ut ostendit *lex 12. & 19. D. solut. matrim. l. 39. D. de donat. inter vir. & uxor.* quæ ex eodem Ulpiani libro 36. ad Sabinum huic conjungendæ sunt. Quinimo hæc ipsa regula continetur in *l. cum fuerit 15. D. de condit. & dem.* quæ tamen inscriptum habet Ulpiani librum 35. ad Sabinum, cum hic habeatur 36. Unde Antonius Augustinus *lib. 1. Emend. c. 7. p. 54.* & ex eo Labittus, alterutrubi mendam irrepsisse putabat. Quod etsi cui verum videri possit, ego tamen nil mutem: potuit enim Ulpianus hanc regulam usurpasse, utroque libro, 35. & 36. ambo quippe libri illi occupati fuere circa *rei uxoriæ actiones* una cum 340.

Igitur hac regula definitur, unde æstimari matrimonium, & a quo tempore computari debeat: atque adeo unde in genere matrimonii probatio petatur. Et ait Ulpianus generaliter & indefinite: *Nuptias non concubitum, sed consensum facere.* Quomodo Justinianus *in Novella 22. c. 3.* γαμον διαθεσις ψιλη και αμοιβαια ποιει. *Nuptias consensus nudus & reciprocus facit.* Quomodo idem Ulpianus, *in l. cum hic status 32. §. si mulier 13. de donat. inter vir. & uxor.* non coitus, inquit, matrimonium facit, sed maritalis affectio: Quomodo Papinianus, *in l. donationes 31. de donationibus:* maritalis honor & affectio, si videl. quod idem ait, *in l. cum tabulis 16. §. 1. de his quæ ut indignis*, honore pleno quis mulierem diligat: Quo sensu & sola dignitate uxor a concubina separatur, *l. 49. §. 4. de legat. 3.* vide & *l. 8. Cod. de operis libert. l. 13. Cod. de postliminio.* Non igitur de concubitu æstimantur nuptiæ, vel inde computantur, neque ex concubitu nuptiæ satis probantur. Sicuti & retro secubitu matrimonium non dissociatur, seu separatione thori aut habitationis: imo solo consensu retinentur nuptiæ, *d. l. cum hic status 32. d. §. 13.* Ex solo igitur consensu nuptiæ æstimantur, solaque animi destinatione: quomodo & retro, concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet, *l. pen. D. de concubinis.* Alia vero jam quæstio est & ulterior, quomodo hæc animi destinatio, hæc maritalis affectio seu honor, plenus honor, *consensus* hic declaretur, quibusque adeo conjecturis matrimonium contractum censeatur: de quo late Menochius, *1. præsumpt. 1. 2.* Papinianus sane has probationes & conjecturas suppeditat *in d. l. 31. de donat.* puta, 1. ex comparatione personarum: cujus exemplum videre est *in l. in libera 24. de ritu nupt.* 2. Ex vitæ conjunctione, cujus etiam exemplum exstat *in cap. illud, extra de præsumptionibus* 3. Ex vicinorum opinione, *l. si vicinis 9. Cod. de nuptiis: l. filium, D. de his qui sunt sui.* 4. Item regulariter ex deductione in domum consensus declarabatur, & matrimonium perficiebatur, *l. cum in te 6. Cod. de donat. ante nupt. l. 5. de ritu nupt. l. pen. D. de donat. inter vir. & uxor.* etsi sine ea matrimonium contrahi poterat, *d. l. pen.* in domum, inquam, deductione, quamvis nondum in cubiculum mariti mulier venerit, *dict. l. 15. de condit. & demonstr.* 5. Aquæ item & ignis acceptione, *d. l. penult.* 6. Dotalibus instrumentis seu tabulis nuptialibus (quomodo & apud Turcas sola dote uxor a concubina differt, teste Busbequio) seu Testatione: quæ tamen & ipsa necessaria non fuere, in domum, inquam, deductio, tabulæque dotales: ut ostendit lex 4. *D. de fide instr. l. 4. de pignorib. l. donationes 31. de donation. l. 66. seu pen. D. de donat. inter vir. & uxorem: l.*

3. *l.*

3. *l. si vicinis* 9. *l.* 13. *& l.* 22. *Cod. de nuptiis*: Novella 22. *c.* 3. Novell. 74. Nov. 117. & Quintilianus *lib.* 5. *Orat. Instit. cap.* 12. Quanquam in nonnullis matrimoniis scriptura necessaria fuit, Nov. 117. & *l. Nuptia*, *Auth. sed novo jure*, *Auth. maximis*, *C. de nuptiis*, §. *ult. Instit. de nuptiis*. Hæc, inquam, omnia ad nuptiarum probationem pertinebant, non ad substantiam matrimonii seu nuptiarum contrahendarum: exceptis, ut dixi, casibus singularibus, ubi scriptura de substantia erat. At Christiana hodie Jurisprudentia sola ferme ἱερολογίᾳ, *sacris ceremoniis* nuptias fieri vult: cujus sane usus in prisca Ecclesia antiquissimus fuit, secundo jam, tertio quartoque Ecclesiæ Christianæ seculo, Ignatii jam, Tertulliani, *lib.* 2. *ad uxorem*: *& lib. de pudicitia*: Ambrosii *lib.* 9. *epist.* 1. Nazianzeni seculis: Hanc ad rem videatur & posterior Novella Leonis 89. item Novell. Alexii Comneni, & Scholiastes Harmenopuli *lib.* 4. *tit.* 4. & Theod. Hermopol. hic, & Hotomannus, *Illustr. quæst.* 23.

Et ita quidem etiam satisfactum jam iis quæ vulgo objici solent adversus hanc regulam. Uno verbo: de consensus *substantia* hæc lex est, cui opponitur concubitus: non de modis quibus consensus declaratur: Item de legitimo consensu est hæc regula. Quare neque huic regulæ obstat *lex pen. D. quando dies legat. l.* 39. §. 1. *de jure dotium*. Denique, quod dicitur de concubitu, eum non facere nuptias, id accipiendum de ἔργῳ, ipso: dummodo potentia adsit, alioquin nuptiæ non consistunt.

Nunc de hujus regulæ vi usuque & effectu. Eo scilicet ea pertinet, uti liqueat, quando jam nuptiæ contractæ censeantur, uti quis nuptiarum commodis potiri possit, & e contra, iis quæ conjugibus prohibita sunt, abstinendum sibi norit. 1. Hinc adeo dos, deque dote actio mulieri competit, si post consensum adhibitum maritus subita forte morte, antequam uxorem cognosceret, moriatur, *l.* 6. 7. *de ritu nupt.* 2. Hinc legato alicui relicto, si *nuptias contraxerit*, contracto statim matrimonio conditio impleta videtur, & legatum debetur: quamvis mulier nondum in cubiculum mariti venerit, *l. cum fuerit* 15. *de condition. & demonstrationibus*. 3. Hinc maritus exinde, a tempore consensus, in id quod facere potest, condemnabitur, de quo jure singulari *ad leg.* 28. *supr.* De eo sane egit Ulpianus hoc ipso *libro* 36. ad Sabinum, uti constat ex *l. maritum* 12. *soluto matrim.* sicut ex eodem libro desumpta est *d. l.* 28. 4. Hinc donatio inter aliquos constabit, prout in concubinam, vel conjugem collata erit, *l.* 31. *de donationibus*: *l.* 3. §. 1. *vers. Divus*: *l. si prædia* 58. *de donationib. inter vir. & uxor.* 5. Hinc præmiis quæ maritis seu conjugibus lege tributa sunt, jam inde ut consensus intercessit, conjuges potiuntur: & retro pœnas cœlibibus propositas jam inde evitant. 6. Exinde bonorum possessio *unde vir & uxor* his competet. 7. Eodem pertinent & Arresta Parlamenti Parisiensis, quibus judicatum est, communionem bonorum inter conjuges, moribus Gallicis receptam, & doarium mulieri adquiri a die benedictionis, etsi maritus opus mariti nondum impleverit.

Ex his jam patet, quam alieno plane loco, extraque aleam hic Interpretes, & sæpe quidem prolixe, tractent de consensu parentum in nuptiis requisito. Hæc enim reg. est tantum de ipsarummet partium seu conjugum consensu. Ad extremum, neque illud prætereundum, adversus hanc regulam similesve certis legum conditoribus aliquando placuisse, si corpore non convenissent conjuges, nuptias non videri contractas: ut memorat Zeno in quadam specie de Ægyptiis, *l. penult. C. de incest. nupt.*

PARS

PARS VIII.

REGULARUM SABINIANEARUM.

DE

NOXIS SERVORUM,

ſeu de NOXALIBUS actionibus.

De IMPOSSIBILITATE *facti*.

XXXI. IDEM (*Ulpianus*) *libro quadrageſimo ſecundo ad Sabinum*.

VERUM eſt, neque pacta, neque ſtipulationes factum poſſe tollere: Quod enim impoſſibile eſt, neque pacto, neque ſtipulatione poteſt comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere poſſit.*

* Concedentis formula haec est.

DE IMPOSSIBILITATE facti eſt hæc regula, (quæ *συγχωρητ* *conceſſionem* quandam primis ſtatim verbis continet) uti quatuor aliæ ſunt hoc eodem titulo, puta *lex* 135. 182. 185. 188. §. 1. de impoſſibilitate rei dandique: quanquam & ad utramque ſpeciem referri poſſit *d. l.* 185. *&* 188. §. 1. Et hæc quidem noſtra eſt de impoſſibili deducto collato in pactum contractui ſcilicet adjectum, nam ita accipienda eſt hoc loco *pacti* vox: vel in ſtipulationem. Quo ipſo ſenſu pactiones & ſtipulationes junguntur *l.* 3. *de uſufructu*: & exinde §. 1. *Inſt. eod.* utrumque eadem in re complexus eſt Imperator, *voluntarii contractus* appellatione. Ac nominatim pertinet hæc regula ad *noxas* ſervorum & *noxales actiones* ſervorum nomine: de his enim egit Ulpianus hoc *libro* 42. ad Sabinum; ut oſtendunt exinde *l. non impoſſibile* 50. *de pactis*: *l.* 20 44. *ad leg. Aquil. l.* 15. *de praeſcript. verb. l. ſi ita quis* 31. *de evictionibus*: *l. aliud eſt* 174. *de V. S.* Pertinet & ad Edictum ædilium curulium de venditione mancipiorum: & ſpeciatim (quod etiam recte divinavit Gloſſa) ad id ſive pactum, ſive ſtipulationem in ſervi venditione, *Furem eum non eſſe*, verſipellionem non eſſe: quod docent ex hoc ipſo *lib.* 42. ad Sabinum tres leges, quæque adeò huic coaſſandæ veniunt, puta *d. lex* 50. *de pactis*: ubi etiam eadem quæſtio ab eodem Ulpiano tractatur *l. ſi ita quis* 31. *D. de eviction.* (quam hic recte adfert Gl.) *l. aliud eſt* 174. *D. de V. S.* Quo etiam ipſo *libro* 42. ad

ad Sabinum Ulpianus egit inter alia de pacto seu de decisione super furto, ut docet ex eodem libro *lex si pro fure 7. D. de condict. furt. l. generaliter 26. D. de V. O. l. inter omnes 46. §. usque adeo 5. D. de furtis*. Vel etiam pertinet hæc regula ad id pactum, *servum fugitivum* non esse: quod ut aliunde patet, ita præbet argumentum dicta *lex 15. de præscript. verb.* quæ ex eodem pariter Ulpiani libro desumpta huic conjungenda est. Hæc scilicet pacta & stipulationes in mancipiorum venditione adjiciebantur, de præstandis scilicet his & similibus servorum vitiis noxisque: unde & illa Ædilitii Edicti verba, *Si adversus quod* DICTUM PROMISSUMVE *fuerit cum veniret*, &c. id est pacto vel stipulatione adjectum fuerit.

Hoc in tractatu cum versaretur Sabinus, duas has generales regulas proposuisse videtur, occasione actionis noxalis ex furto servi: Quarum prior hæc fuit, Turpes stipulationes nullius esse momenti, *d. l. generaliter 26. de V. O.* turpem porro non esse stipulationem, qua de furto jam admisso decisum est, *d. l. si pro fure 7. D. de condict. furtiva: & d. l. inter omnes 46. §. 5. de furtis*. Alteram hanc regulam obiter, & pro dubitandi ratione proposuerat, Pactum & stipulationem quid impossibile continentem non valere, *d. l. 50. de pactis, & d. l. 31. de evictionibus*: in stipulatione vel pacto, *Furem* vel *Fugitivum non esse*, nil impossibile contineri *h. l. & d. l. 50.* Nempe ibi tractabat sive Sabinus, sive Ulpianus, utrum hoc pactum, hæc stipulatio, in servo vendendo, *furem* vel fugitivum *eum non esse*, impossibile quid contineret? Quod utique videbatur, ex ea dubitandi ratione, quæ hic pro regula affertur, & per συγχωρητικὴν *concessionem* proponitur, nempe, *Neque pactum, neque stipulationem factum posse tollere; quod enim impossibile est, neque pacto, neque stipulatione posse comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit*: Quemadmodum & venditor, qui non vitiosum etiam in posterum servum futurum promisit, non tantum temere promittit, verum etiam impossibile promittere videtur, *l. 3. Cod. de ædilit. action.* Et vero nonnullis veterum ita visum fuisse ait *d. l. 31. de evictionib.* Nempe enim, si servus *in hac causa sit*, id est, si servus venditus fur sit, impossibile esse quod promittitur (quia effici non possit, ut non sit quod est) si vero fur non sit, frustra esse, *d. l. 31. D. de eviction.* Verum respondet Ulpianus *hac l.* συγχωρητικῶς, seu per concessionem, eadem formula & per concessionem qua *l. 142. inf.*) *Verum* quidem id *esse*, certam esse regulam superiorem, atenim in proposito casu, non impossibile verti VERIUS videri, ut idem aperte definit in *d. l. 31. D. de evictionibus*: Hoc enim pacto, hac promissione, *Furem servum* NON ESSE, non id agi, ut factum haud factum fiet, sed contineri quanti interest furem non esse. Actus scilicet hominum ita interpretandi sunt, ut aliquid operentur, & ut utilem actionem efficiamus. Quare paciscentes aut stipulantes non videntur impossibile quid pacisci vel stipulari voluisse, cujusmodi sane est *factum tollere*, seu *haud factum efficere*, factum infectum reddere, facere ut non sit quod est: Verum id egisse videntur, ut quanti interesset præstaretur, si id factum aut vitium emptor in servo comperuisset, puta, si furta ab eo admissa, si furatrinam eum exercuisse, vel etiam sæpe fugisse, denique si furacem & fugacem ei esse constiterit: si *versipellionem*, quomodo legi possit in *d. l. 31.* Id enim *facti* appellatione initio hujus legis intelligendum est: τὸ ἅπαξ γεγονὸς πρᾶγμα *quod semel extitit factum*, ut Græci recte vertunt. Denique impossibilis prima specie stipulatio pactioque, quacunque arte

te & interpretatione ad possibilitatem reducenda sæpe est, ne nihil actum videatur, *l. 126. §. Chrysogonus, & seq. penult. D. de V. O. & d. l. 3. C. de aedil. action.* Similiter impossibile pactum non est hoc in contractibus depositi, commodati, locati, & ceteris similibus, *Ne facias furem servum meum* vel fugitivum, ut ostendit hoc ipso libro Ulpianus *d. l. non impossibile 50. D. de pactis;* quam huic conjungendam ostendimus: Nam etsi (quæ & hic dubitandi ratio vertebatur) natura sua genioque peculioque servi *fures* essent, & fugitivi, & vero dicerentur, sicuti capræ sine febri non sunt, ut proinde nemo videretur posse servum non furem non fugitivum facere, qui jam sit, & sic pacto effici non possit, ut quod est non sit: denique impossibile videretur hac conventione contineri; attamen pacti hoc videntur contrahentes, *Ne* qui servum deposito, commodato, locato acciperet, *sollicitaret*, vel ita negligeret, ut fur fieret, neve fugitivus aut eum corrumperet.

Quod hujus regulæ vim spectat, trahenda est ea quoque ad *juris* auctoritatem; puta, neque juris auctoritate seu jure civili causam facti seu factum dirimi posse; cujus rei exempla extant in *l. 20. D. ex quib. caus. majores, l. 1. §. si vir, D. de adquir. poss. l. 12. §. facti, D. de captiv. l. 41. D. de peculio, l. unic. C. de raptu virgin.* Etsi fictiones juris nonnullæ sint quibus efficitur, ut quod factum est, infectum videatur. Imo & ad naturam protrahi potest, quæ se retrahere nequit; ut Seneca *6. de benefic. 2.* Eodemque spectat & decantatum illud Agathonis, Μόνυ γὰρ αὐτῦ καὶ θεὸς στερίσκεται ἀγένητα ποιεῖν, ἅσσ' ἂν ᾖ πεπραγμένα, *Ea enim sola potestate & Deus caret infecta facere quæcumque facta jam sint*. Item illud, Hieronymi, *Audacter dicam, cum omnia* DEUS *possit, suscitare non potest virginem post ruinam:* ut omittam Plinii locum *lib. 2. cap. 6.*

Supersunt postrema hujus regulæ verba, quæ negotium Interpretibus facessunt, *Impossibile non posse pacto aut stipulatione comprehendi, ut utilem actionem aut* FACTUM *efficere possit:* Nempe alii ea emendant, pro *actionem*, *stipulationem* substituentes: Alii *actionem* pro actu accipiunt: Quidam emendant *in factum*. Alii *facti* appellatione hic pactum intelligunt, eo modo quo in pactis factum versari dicitur, *l. 27. §. pactis D. de pactis*, quia scilicet ex pacto nunquam datur actio: Nam si in continenti adjectum fuerit contractui, contractum informat, ex quo actio datur: Si ex intervallo, exceptionem tantum parit. *Actionis* vero appellatione iidem intelligunt stipulationem, quæ utique actionem parit. Verum neque hæc interpretatio placere debet: etsi Basilica quoque ita hic habent, ἢ πάκτῳ ἁρμόζει *qua pacto cohæret*. Ergo *factum* hic simpliciter significat *factum* aliquod, quod pacto vel stipulatione comprehensum est: in pactum vel stipulationem deductum.

PARS IX.

RECULARUM SABINIANEARUM.

DE

DOMINIO ET POSSESSIONE.

SERVI *jure civili pro nullis*.

XXXII. ULPIANUS *libro quadragesimo tertio ad Sabinum*.

QUOD attinet ad jus civile, Servi pro nullis habentur: non tamen & jure naturali; quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt.

DE SERVIS est hæc regula: de quibus quatuordecim hoc titulo regulæ occurrunt, quas semel cumulavi ad *leg.* 22. *sup.* E quibus etiam multæ huic concinunt. Spectat autem hæc proprie ad tractatum, *de adquirendo rerum Dominio*, vel *de adquirenda possessione*: & quidem per servum & cum servo adquirendis, retinendis, amittendis: Quod ostendant complures aliæ leges ex eodem Ulpiani *lib.* 43. ad Sabinum desumptæ: quæ proinde huic conjungendæ sunt: puta *lex nec servus* 41. *D. de peculio*: *l.* 19. *D. mandati*: *l.* 2. 9. *D. de contrah. empt.* *l.* 24. *de peculio leg.*: *l.* 23. *de adquir. rer. dom.* *l.* 3. *de fidejussor.* In quibus omnibus agitur de servis, & quatenus per eos dominis adquiratur & quatenus obligent dominos. Quod obligationes attinet, definitur (quod alioquin tralatitium est) dominum servilis obligationis nomine de peculio teneri: *De peculio*, inquam, utpote quod ad juris naturalis æquitatem magis accedit, quam ad rationem juris civilis: Quare eatenus & servus obligatur, & dominum obligat: alioquin enim servus nil debere potest, neque ei deberi, & cum eo verbo abutimur, factum magis denotamus, quam ad jus civile obligationem referimus, ut hoc ipso libro idem Ulpianus scribit, *d. l.* 41. *D. de peculio*. Et hac, ut dixi, ratione nititur actio de peculio adversus dominum: Eadem ratione, cum servi naturaliter obligentur, *l.* 13. *D. de condict. indeb.* pro servo naturaliter obligato solutum condici seu repeti non potest, *dict. l.* 13. & *l.* 64. *eod. tit.* ubi eleganter JCtus, debiti rationem in condictione naturaliter intelligendam esse ait: Ab eadem ratione proficiscitur, quod cum solventis sit allocare (de quo est *lex* 1. 3. 5. 7. *D. de solution.* quæ ex eodem Ulpiani libro desumptæ sunt) sane in naturalem servi obligationem a domino solutum quid non videtur, verum in civilem potius & graviorem.

Por-

Porro quod JCtus hic addit, quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales esse, id ut *l. 4. de justitia & jure*: *l. hos accusare*, *D. de accus. l. si id quod*, *D. de condiction. indeb.* quoque inculcatur, ita a Stoicis mutuatum recte comprobat Doctissimus Merillius 1. *Observat.* 18. vide & Euripidis dictum in *Hecuba*.

POSSESSORIS *in lucro potior ratio*.

XXXIII. POMPONIUS *libro vicesimo secundo ad Sabinum*.

IN eo quod vel is qui petit, vel is a quo petitur lucrifacturus est, durior est causa petitoris.

DE commodo POSSESSIONIS, præcipuove possessorum jure & favore, est hæc regula: cui concordant hoc titulo quinque insuper aliæ: puta *lex 25. sup.* 126. §. 2. *l.* 128. *in princ. l.* 154. *l.* 204. Quarum omnium synopsin habes ad primam illam *l. 25. sup.* quomodo in commune alias plures sunt de reorum favore hoc titulo regulæ. De hac videamus. Definitur ea, cum de lucro adventitio inter actorem & reum agitur, certatur, meliorem esse causam possidentis: id est in pari causa & ubi utrinque lucrum vertitur, potior haberi debet is A QUO, seu unde quid petitur, id est possessor: contra, durior est causa petitoris: Quæ sententia quoque est *d. legis* 126. §. 2. Quare spectat hæc regula ad concursum possessoris & petitoris; & utriusque quidem in hac hujus regulæ specie lucrum captantis: Nam si neuter litigatorum lucrum captans possessor sit, tum alia via regulaque insistendum est: tunc enim is præferendus est, cujus causa lucrum tempore præcedit: quod definitur *l. quotiens* 98. *infr. hoc tit.* Imo & illa regula insistendum erit, quæ proponitur in *l. 19. D. de re judic.* Ait autem Pomponius, *vel is qui petit, vel is a quo petitur lucrifacturus est:* (ut recte Flor. non ut alii *lucri petiturus*, vel *lucri potiturus*) Species porro hujus regulæ ponenda est in argumento Adquirendi, retinendi, recuperandi dominii vel possessionis, de quo Pomponius egit hoc *libro* 22. *ad Sabinum*, directo sermone in futurum & eventum judicii: quare vocula VEL proprio significatu hic stat & accipienda est: ut recte Gloss. adversus Bulgarum: nonnisi *alterutrius* quippe lucro res cessura est, etsi *uterque* lucrum petat remque vindicet.

Exemplum poni potest in re duobus donata vel legata separarim, quam in rem est famosa *lex quotiens* 15. *in fin. C. de rei vindicat. si ex causa donationis*, inquit, *utrique dominium rei vindicetis, eum cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorem convenit*: *l. pen. C. Gregor. eod.* vide & Paulum 5. *sent. tit.* 11. Possit & hæc regula referri ad tractatum de *Condictione* indebiti: de qua etiam Pomponius egit hoc *libro* 22. ut docet *lex* 19. 22. *de condict. indebit. l.* 21. *ad Senatusconf. Trebell. l.* 29. *D. de usucap. l.* 3. *D. pro socio*. Et quidem objectio inde formari. Finge, Rem alienam indebitam mihi solvisti? Sane condictio indebiti tibi competit, *l.* 15. §. 1. *D. de condict. indeb.* At dicet aliquis (quod Pomponius hac regula dixerit pro ratione dubitandi) duriorem esse causam petitoris in eo quod lucrifacturus est vel is qui petit vel is a quo petitur: contra cum de lucro duorum quæritur meliorem esse causam possidentis *d. l.* 126. §. 2. *infr.* denique in pari causa possessorem potiorem haberi debere *l.* 128. *inf.*

Verum respondendum est, quæ hujus regulæ sententia est, ut & *l.* 126. §. 2. *inf.* in

proposita specie petitorem non certare de lucro, verum de damno vitando, & sic parem causam non esse. Ergo ubi de lucro utrimque certatur, potior est causa possidentis: pariter ut vice versa, si de damno vitando utrimque contendatur, de quo est *l. 91. §. 3. de V. O.* ubi pariter dicitur, cum quæritur de damno, & par utriusque causa est, potentiorem esse qui tenet quam qui persequitur. Cætera de commodo possessionis, & possessorum prærogativa habes ad concordantes huic regulas, & in synopsi ad *l. 25. sup.* quæ prima de eorum numero est.

PARS X.

REGULARUM SABINIANEARUM, DE OBLIGATIONIBUS ET STIPULATIONIBUS.

De INTERPRETATIONE *stipulationum & contractuum.*

XXXIV. ULPIANUS *libro quadragesimo quinto ad Sabinum.*

SEMPER *in stipulationibus, & in cæteris contractibus, id sequimur, quod actum est: aut si non pareat* * *quid actum est, erit consequens ut id sequamur quod in Regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque Regionis mos appareat, quia varius fuit? Ad id quod minimum est, redigenda summa est.*

* i. appareat.

DE OBSCURÆ, seu obscuridicæ, stipulationis vel contractus interpretatione est hæc regula: de qua alioquin obscuri interpretatione sunt septemdecim præterea hujus tituli regulæ: quarum omnium synopsin habes supra *ad leg. 9.* quæ una de earum numero est. Et hæc quidem R. est de obscuritate ob indistincta seu indefinita contrahentium verba. Qua in re hic tres status conjecturalis, seu conjecturæ gradus *κλιμαξ δεο της λυσεως της αποριας scalula solutionis difficultatis* proponuntur, per quos scilicet conjectura animi ducenda est, & obscuritas enodabilis est. Principe igitur loco conjectura ducenda, seu sequendum dicitur, *quod actum est:* Actum, inquam, etiam tacite: nam & hoc quoque *actum* est, etsi expressum non est. Hoc sensu Pomponius, libris pariter ad Sabinum, *in l. 3. D. de reb. cred.* ait, in contractu quod agitur pro cauto habendum esse; Hoc sensu Marcellus *in l. triticum 94. D. de V. O.* si de aliquo tritico cogitaverint contrahen-

trahentes, id haberi pro expresso: Cogitaverint, inquam, contrahentes: nam ita lex illa explicanda est; alioquin enim quod ab una tantum parte cogitatum est, non considaratur, *l. 7. Cod. de condict. ob causam*. Et ita quidem id quod initio hujus legis dicitur, interpretandum venit: non, ut interpretes ferme omnes, quasi id quoque hic indicetur, inspiciendum potius esse quod actum est, quam quod scriptum. Et idem tamen dicendum hic est, si captiosa, calumniosa, vel cavillatoria interpretatione, dictum urgeatur. Ad quam speciem pertinet quod ait Pomponius libris pariter ad Sabinum *in l. sed Celsus 6. §. 1. de contrah. emptione*, in emptis venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum. Pertinet & quod definitur *in l. 35. de pactis: in l. 5. & l. qui cum tutoribus 9. §. ult. l. non est ferendus 12. de transactionibus*, iniquam captiosamque interpretationem esse, si Aquiliana stipulatio, vel pactum, aut transactio, ad ea de quibus cogitatum non est, trahatur: contra, eo tantum illa pertinere, de qua cogitatum actumque fuit. Eo, inquam, quoque hujus legis initium porrigi potest: Verum, talis species proprie fingenda est, ubi per tres gradus illos conjectura duci potest.

Secundo igitur pedato attendendus dicitur *h. l. Mos regionis*, nempe in negotio uniformi. Postremo succedit, quod *minimum* est, si videlicet mos regionis varius fuit: ut cæteroquin in obscuris quod minimum est sequimur, *l. 9. sup. & 200. inf.* Exempla ad hanc regulam nostram, & quidem de more regionis sequendo, apponi possunt. 1. in *usuris*: ut docet *lex 1. 37. de usuris: l. tutor qui repertorium 7. §. 10. D. de administ. tutor.* Nempe eæ usuræ veniunt in bonæ fidei judiciis, de quibus actum est: si non apparet, tum veniunt eæ, quæ in regione frequentantur. 2. Exemplum poni potest in contractu emptionis-venditionis, ut docet *l. 6. D. de evict.* Si fundus, inquit, venierit, ex consuetudine ejus Regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet. Neque ab hoc abit, quod dicitur *l. quod si nolit 31. §. quia assidua 20. D. de ædil. edict.* ea quæ sunt moris & consuetudinis, in bonæ fidei judiciis venire. Idemque in quibuscunque contractibus & stipulationibus obtinet. Ad quam stipulationum speciem hanc regulam referendam, non tantum ex primis ejus verbis colligitur, verum etiam ex aliis pluribus legibus, quæ ex eodem Ulpiani 45. ad Sabinum libro desumptæ, huic conjungendæ sunt: puta *l. 4. de negot. gest. l. 42. pro socio: l. 4. de fidejussorib. l. 22. de solutionibus: l. 176. de V. S.* Denique in hoc argumento obligationum & stipulationum contrahendarum versatus est eo libro Ulpianus. Et in *Testamentis* tamen *ultimisque voluntatibus* eadem regula, triplexque illa gradatio militat, ubi videl. indefinita & indistincta testatoris verba sunt, seu ubi conjectura ultimæ voluntatis educenda est. Exemplum in nummis indistincte legatis, *l. si servus 56. in fin. de legat. 1. & l. nummis 75. de leg. 3.* ubi triplex hæc itidem conjectura, eædem κλιμακίδες *scalula*, ponuntur. *Hoc*, inquit JCtus, *receptum est, nummis indistincte legatis, si neque ex* CONTEXTU TESTAMENTI *possit apparere, neque ex* CONSUETUDINE REGIONIS, *ut* EXIGUJORES *legati videantur*. De quo jam ad *l. 9. supra*.

Et hæc quidem ad hujus regulæ intellectum sufficiant. A quibus abeunt nimis longe, quæ P. Faber conabatur 3. *Semestr.* 10. ex libris Ulpiani ad Sabinum vicinis, & sic ex alio libro, quam unde hæc regula desumpta est. In iis quippe legibus quas adfert, intra unicam, primam scilicet quæ hac l. indicatur, obscuri interpretationem, res omnis

nis consistit: nobis vero ut dixi, talis ad hanc leg. species fingenda est, ubi per tres gradus conjectura duci potest; Admitto contra speciem ceu similem superiori, quam ponit hic Gl. in venditione vel stipulatione *pro decem* facta: uno ex contrahentibus dicente, se de Veronensibus sensisse, altero de Imperialibus. Quæ omnia in praxi utilia sunt & quotidiana.

De OBLIGATIONIS *tollendæ, dissolvendæ modis.*

XXXV. IDEM (*Ulpianus*) *libro quadragesimo octavo ad Sabinum.*

NIHIL tam naturale est, quam eo genere quidque * *dissolvere quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio, contrario consensu dissolvitur.*

* quodque, Haloand.

AD locum de *Ortu & interitu* in summam subtilis pertinet hæc Ulpiani regula: ut & duæ præterea hujus tit. regulæ: puta Gaji *lex omnia* 100. & Pauli *lex fere* 153. *infr.* & extrinsecus Pomponii ad Q. Mucium *l. prout* 80. *D. de solution.* Eandemque in sententiam est Papiniani illud elegans (ut sunt ejus omnia) *l. quamvis* 46. *D. de adquir. possess.* eodem modo vinculum obligationis solvitur, quo quæri adsolet. Atenim suas ut singulæ & singulares species habent, ac nominatim *lex* 100. pertinet ad obligationes seu nexus personales: *lex* 153. *infra*, propriè ad causam adquirendæ & amittendæ possessionis: ita hæc nostra speciatim respicit *stipulationes* seu verborum obligationes (quo etiam pertinebat lex proxime præcedens, pertinet & lex proxime sequens) ut vel contextus ipse legis ostendit. Ostendit insuper & conjunctio legis 1. *D. de V. O. l. an inutilis* 8. §. 3. *D. de acceptilat. l.* 2. *D. de novation.* quæ ex eodem libro desumptæ sunt: Et in universum argumentum libri 48. Ulpianei ad Sabinum, qui versatur in argumento stipulationum. Igitur definit hac l. Ulpianus, propositis duarum obligationum exemplis, *Nihil tam naturale esse, quam ut eo genere quidque dissolvatur quo colligatum est*. Et sic destruentis eadem principia esse, quæ constituentis. Ait autem, *Nihil tam naturale esse*: nempe id Philosophorum quoque schola sciscit: quomodo & Synesius de regno, τοις γαρ εναντιοις των συνισταντων εκαστον φθειρεται *singula enim* (regna) *rebus contrariis iis quæ constituta sint, corrumpuntur*. Ergo naturale hoc principium est: nam (quo forte respexit hic Jurisconsultus) civili jure Eurematica quædam seu cautelæ adinventæ sunt, quibus alia ratione quidque dissolvitur: de quo ad *leg.* 100. *infr.* Exempla duo adfert Jurisconsultus: Primo, *stipulationis*: nempe stipulatio contraria stipulatione tollitur, seu dissolvitur, seu, ut hic dicitur, verborum obligatio verbis tollitur: & quidem, vel expromissione, de qua Ulpianus hoc ipso libro 48. egit in *l. dabitur* 36. *D. de jure dot.* vel acceptilatione, §. 1. *Instit. quib. mod. toll. oblig.* & *d. l. an inutilis* 8. §. *acceptum ferri*, *D. de acceptil.* quæ ex eodem libro 48. desumpta huic iidem coassanda est: quæque omnino huic legi concordat in §. 3. *Acceptum*, inquit, *fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est: acceptilatio enim verborum obligationem tollit*,

tollit, quia & ipsa verbis fit: neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractam est. Deque hac ipsa acceptilatione hoc ipso libro 48. egit idem Ulpianus non tantum in *d. l. debitor* 36. *D. de jure dot.* sed & *l. sane* 38. *eod. tit.* Egit & Paulus libro 12. ad Sabinum, huic concordante in *l.* 14. *de acceptil.* & Pomponius libris ad Mucium, *l. prout* 80. *de solutionib.* Ergo, acceptilatione tollitur verbis contracta obligatio: quo in numero est & operarum obligatio per jusjurandum liberti contracta, *l.* 13. *D. de acceptil.*

Secundum exemplum est obligationum ex *consensu*. Nempe & hæ contrario consensu dissolvuntur: quod & ipsum definitur, *l.* 72. *de contrah. empt. l.* 27. §. *pactum quia, D. de pactis*: *l.* 1. 2. *C. quando liceat ab empt. disced. Contrario*, inquam, consensu, seu ut dicitur *l.* 153. *infra*, modo in contrarium acto: Rebus scilicet adhuc integris §. *ult. Instit. quib. mod. toll. obl. l.* 7. §. *adeo*, & *l.* 58. *de pactis*: *l.* 2. *de rescind. vend. l.* 1. *quando liceat*: id est traditione vel solutione nondum facta, contrariæ voluntatis adminiculo *l.* 5. *de rescind. vend. d. l.* 1. *C. quando liceat ab empt. d. l. prout* 80. *de solution.* si nondum impleta sunt quæ utrimque præstari debuerant *l.* 6. §. *ult. de contrah. empt.* etsi forte aut fidejussor aut pignus, aut etiam arra data fuerint *l.* 95. §. *ult. de solut. l.* 2. *Cod. quando liceat ab empt. disc.* §. 7. *Instit. de emptione*: his enim nil obstantibus res integra adhuc dicitur: cum hæc vincula sint contractus, non implementa. Sic & hypotheca ut nudo consensu contrahitur, *l. si tibi* 17. §. *de pignore*, *D. de pactis*, §. *item Serviana*, *de action.* sic & nudo pacto tollitur, *l.* 2. *C. de remiss. pign. l.* 10. *C. de pignor.* In tantum vero hæc regula de dissolvenda verborum obligatione per verba pariter obtinet: ut si obligatio verbis contracta non fuerit, non possit ipso jure tolli per acceptilationem, nisi in stipulationem Aquilianam prius obligatio transfusa fuerit, §. *item per acceptil. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Id nisi factum fuerit, obligatio equidem tollitur, non ipso quidem jure, sed ope exceptionis & potestate facti, *l.* 8. §. *penult. l.* 13. 19. *D. de acceptil. l.* 5. *D. de rescind. vendit.*

His ita explicatis, apparet, non debuisse Interpretes de tollendæ obligationis modis per solutionem vel solutioni similem hic tractare: cum hæc lex non sit de omnibus finiendæ obligationis modis, sed de resolutoriis tantum, quibus (ut bis in hac regula, sed & *l. prout* 80. *de solution.* dicitur) obligatio DISSOLVITUR: vel ut ait lex 153. LIBERAMUR, de quo ad eam leg. Cujusmodi non est solutio, quæ utique finit quidem obligationem, sed proprie loquendo non dissolvit.

Rursum ad hanc leg. Interpretes tractare non debuerunt de modis adquirendæ & amittendæ possessionis: etsi verum sit, & ibi rationem contrarii obtinere: nam eo proprie pertinet *d lex fere* 153. *infr. h. t.* & *l. quemadmodum* 8. *D. de adquir. poss.* Non debuerunt differere de cognatione civili seu legitima, id est agnatione per actum civilem, id est adoptionem quæsita, per actum pariter civilem seu legitimum, id est emancipationem, dissolvenda, etsi vera sit doctrina, de quo est *dict. lex omnia* 100. *infr.* Non debuerunt item hic multa cumulare de iisdem solennibus requisitis in testamentis ordinandis, & revocandis. Non debuerunt Interpretes de solennibus hic agere: solennibus, inquam, probationum & fidei, & in his scripturæ: quæ ab hac regula aliena sunt, cum hæc lex sit de substantialibus & essentialibus, id est de iis quibus res quæque constituitur, imo speciatim obligatio colligatur, & mutata vice partium dissensu contrario retractatur, resol-

resolvitur*:* Alioquin quid vetat a scripto contractu, v. g. recedere contraria voluntate, etsi non scripta. Denique non debuerunt Interpretes fere omnes hic proponere exceptionem, quod vidd. si quis in priore actu majorem legitima solemnitatem servaverit, non teneatur in actu contrario servare. Quia hæc regula est tantum de naturali & legitima solemnitate.

His addatur omnibus, pertinere hanc regulam ad obligationes reales, id est ad res creditas, non etiam ad personarum vinculum & obligationem personalem, quo personarum vinculum & creditum nexusve contrahitur: sic enim loqui malim quam ut alii, non pertinere ad ea quæ forum animæ spectant. Exemplo sit matrimonium vel obligatio matrimonialis, quæ nudo consensu colligatur, ut docuit *lex 30. supr. hoc tit.* At contrario dissensu non dissolvitur: etsi aliquando id ita quoque obtinuerit, non Gentili tantum verum etiam Christiana Jurisprudentia, ut bona videlicet gratia matrimonium dissolveretur. Plura tandem adhuc ad *leg. fere 153. infr.*

De ALIENÆ *rei sese immiscentibus.*

XXXVI. POMPONIUS *libro vicesimo septimo ad Sabinum.*

CULPA est, immiscere se rei ad se non pertinenti.

DE iis qui sese alienæ rei immiscent est hæc regula*:* cujus quæstio eo tandem pertinet: Num officii forte circa rem alienam exhibiti obtentu, quis ideo semper excusetur, & a culpa immunis sit? Quod hac regula negatur. Non equidem, ut jam hinc *Objectionibus* occurramus, quasi abscise αλλοτριονομουντας, αλλοτριοεπισκόπους, αλλοτριοπραγμονας, *res alienas administrantes*, *inspicientes*, *gerentes* hæc regula insequatur damnetve, id est, non quasi immiscere sese rei alienæ nemo unquam sine culpa possit; quod utique quandoque bono more licet: veluti si justa, *amicus voluntarius* (sic enim *gestor* a Cicerone appellatur) affectione bonaque fide rem gerat alienam. Nam qui id facit, magis officio fungitur, quam culpæ alligatur, *l. 2. D. de neg. gest.* Denique culpa non est, bene & utiliter gerere negotia absentis amici*:* Culpa non est, amici rem servare, amicum officiis & fide colere*:* qua causa Negotiorum absentis gestori competit actio negotiorum gestorum adversus dominum, *l. 2. & passim, tit. de negot. gest.* Verum eo sensu, ut temeritati tantum perperam & inconsulto & non necessario (id enim est proprie *immiscere se rei ad se non pertinenti*) sese rei alienæ immiscentium occurratur*:* puta, si quis alium temere defendat, & inconsulto alienæ liti se ingerat, aut negotium suscipiat, *l. eum qui 46. D. de minorib. l. is qui se obtulit 25. de R. V. l. 3. §. 10. l. si quis negotia 24. D. de negot. gest.* ac multo magis, si domino vetante, *l. ult. C. eod.* aut alio quocunque modo sese rei alienæ, ad se nullo modo pertinenti, intempestive, temere, & inconsulto immisceat*:* veluti si venditor rei venditæ post venditionem, & interpositas ibi *stipulationes*, sese immisceat.

Et sane hujus regulæ species aptanda venit in hoc argumento de *Stipulationibus* seu *Cautionibus* quippe singularibus quibusdam, Pomponius ex professo egit, libro 27. ad Sabinum: ut comprobat *lex 3. D. de rebus credis.* quæ est de tacita cautione in mutuo*:*

lex

lex 34. *D. de evictionibus*, quæ est de stipulatione in servi venditione, deque duplæ stipulatione: *lex* 15. 40. 42. *D. de V. O.* quæ sunt de stipulatione domus ædificandæ, hominum in potestate positorum, dandi intra certum tempus: *lex* 15. *D. de acceptil.* quæ est de supervacua stipulatione. Ergo, & hæc quoque regula eo pertinet: ac nominatim ad stipulationes, quæ in vendenda hereditate inter venditorem & emptorem hæreditatis interponebantur: ad quam hereditatis venditionem, imo & stipulationes pertinet quoque ex hoc eodem libro Pomponii 27. ad Sabin. *l.* 3. *de hered. petit.* quæ, quod jam alii quoque indicarunt, huic coaſſanda venit: optimeque congruit: mox ut patebit. Species hæc sit: Hereditatem a te emi; hac stipulatione addita (quam utique addi solitam testatur *lex* 50. *D. de V. O.*) *Quanta pecunia ad se* (venditorem) *pervenerit, vel dolo malo tuo factum est eritve, quominus perveniat, a te præstari:* Post hereditatem ita venditam, exegisti tu venditor pecuniam a debitoribus hereditariis: ea pecunia sine dolo malo tuo culpave alia periit. Quæritur, cuinam hæc pecunia pereat? & an tu venditor ejusce pecuniæ nomine emptori mihi tenearis? Sane si nulla necessitate cogente, id est emptore me fortassis præsente in civitate eam exegeris, pecunia tibi venditori peribit. Cujus utique definitionis non alia ratio quam ab hac regula petenda est: *culpam* videlicet hoc casu præcessisse hunc casum fortuitum: enim vero *culpam* esse hoc casu, si præsente domino quis immisceat se rei ad se vel non, vel non amplius, pertinenti. Aliud enim fuerit, ut alteram objectionem profligem, si amici officio necessitate aliqua urgente aut necessitatis suspicione, puta me absente, vel debitore jam decocturo, denique citra culpam aliquam eam exegeris, eaque fortuito casu perierit: nam tum emptori mihi non teneberis. Et ita quidem accipienda videtur *dict. l.* 3. *D. de hered. vel action. vend.* quam huic compaginandam dixi, juncta *l.* 3. §. 10. *D. de negot. gest. l. ult. C. eod.* Nisi potius cum nonnullis *dict. leg.* 3. accipiamus, de exacta pecunia *ante venditam hereditatem*: hoc enim casu si venditor hereditatis exactam pecuniam sine dolo malo & culpa perdiderit, emptori non tenetur: aliud, si post venditam: & sic ea amplius ad se non pertinente ei se immiscuit. Ratio prioris hæc est, quod absentis negotia resque ad te recte pertinere dicuntur, communis officii & humanitatis contemplatu, σχετικως, *familiaritatis caussa* (ut habebat porticus Stoica) quia homini expedit hominem beneficio affici, *l.* 7. *D. de serv. export. l. non tantum, D. de appellat.*: ob σχεσιν *necessitudinem* & naturalem conjunctionem inter omnes homines, *l. ut vim, D. de justit. & jure*. Et sic ex natura negotii semel utiliter gesti: Quæ ratio contrariam quoque negotiorum gestorum actionem induxit.

Cum hac igitur regula nihil commune habent alienæ plures species, quæ alioquin ab Interpretibus turbide commisceri hic solent, etsi in his quoque culpæ genus vertetur. 1. Nil, inquam, commune habent quatuor casus quos apponit Gloss. ex *l. cum quærebatur, C. unde vi*: *l. si putator, D. ad leg. Aquil. l. si in arca, D. de condict. indeb. l. ex argento, D. de cond. furt.* 2. Nil speciatim cum hac regula commune habet, *Imperita professio* (quæ proprie *impostura* dicitur (seu *artis imperitia*, de qua proprie est *l.* 132. *infr.* quoties videlic. quis eam artem promittit, quam recte non novit, cujus est ignarus, & in ea imperite versatur, quæ modum & peritiam ejus superat. In hac quippe regula agitur de RE, ad aliquem prorsus non pertinente: *immiscere*, inquit, *se* REI *ad se non pertinenti*. 3. Nil commune habet publicæ potestatis officiique ad se

non ſpectantis uſurpatio : de quo erit lex *factum* 170. (quam cum hac tamen una fidelia dealbant male nonnulli) & *lex* 176. *in princ. infr. h.t.* Id quod etiam non in *culpam* tantum privatam dolumve incurrit , verum maieſtatis ſæpe crimini , vi denique imputatur. 4. Hinc etiam alienum eſt monitum , quo quiſque intra vocationis ſuæ metas continere ſeſe iubetur , ne promiſcuis rerum actibus officia miſceantur . 5. Ut & ad huius regulæ ſpeciem minime pertinet , quod obſervant de vetito civis , de Republica abſque mandato cum hoſtibus vel hoſtilia cogitantibus commercio . Quod & ipſum non in *ἀλλοτριοπραγμονίας rerum ad ſe non pertinentium adminiſtrationis* culpam incidit , verum in maieſtatis crimen . 6. Sed neque cum hac regula quidquam commune habet quod Martinus tamen aut Bulgarus , & poſt hos P. Faber , probant , *lex ult. C. unde vi* : *l.*17. 37. *D. de rei vindic.* (quas alioquin ſpecies ad hanc regulam aptari video) quia illis legibus non rei alienæ quis ſeſe *tanquam aliena* immiſcet (de quo proprie eſt hæc regula noſtra) verum de eo qui rem alienam veluti ſuam ſibi vindicat , & poſſidere incipit , & ea tanquam ſua utitur , in ea tanquam ſua agit , *ἰδιοπραγμῶν , καὶ τὰ αὑτοῦ πράττων propria agens, & quæ ſua ſunt faciens.* 7. Illud omnium abſurdiſſimum , quod quidam hic tradunt & apponunt , ideo negotiorum geſtorem de leviſſima etiam culpa teneri , quia etſi ſedulo quam maxima potuit fide res alterius geſſerit , ſemper tamen ei objici poſſit , quod hoc ipſum culpa ſit , quod ſeſe rei alienæ immiſcuerit ad ſe non pertinenti : quod ut a ratione alienum eſt , ita adverſa fronte pugnat cum *d. l.* 2. *D. de negot. geſt.*

Ergo ut ad hujus regulæ ſpeciem redeamus , ſtipulatio hereditatis emptioni addita , *Quanta pecunia ad te* (venditorem) *pervenerit* , &c. poteſtatem venditori non tribuit exigendæ deinceps promiſcue rei hereditariæ , & ſic alienæ : id ſi faciat , tenetur is de periculo rei amiſſæ : ſtipulatio enim illa id tantum operatur , ut ſi quid ad eum quacunque ratione antea pervenit ex rebus hereditariis , id emptori præſtare teneatur : item , ſi quid deinceps probo more acceperit : non vero , ut inconſulte in eas manum mittat . Atque ideo etiam ſi ſumptum ea in re fecerit impenderitve aliquid , ab emptore non repetet , non recuperat : quem alioquin repetiturus eſſet , ſi probo more quid hereditarium curaſſet , vel pecuniam hereditario nomine dediſſet , *l.* 2. §. 9. 10. 11. *de hered. vend.* quo nomine etiam ſtipulatio concepta fuiſſe inter venditorem & emptorem videtur : arg. *l. ſi ex pluribus* 18. *D. de hered. vend. l. liber homo* 20. §. 1. *de ſtipul. ſervorum*, §. *ergo ſi quidem* 6. *Inſtit. de fideicomm. hered.*

Atque hæc quidem ita ſe habent : eaque huius regulæ quam dixi , ſententia eſt : quæ ad privatos , privataque officia pertinet . Alio vero , ut dixi , ſpectat *lex factum a Judice* 170. *infr.* eſt enim ea de officio Judicis : etſi ius idem ibi obtineat : nempe *factum a Judice quod ad officium ejus non pertinet , ratum non eſſe .*

PARS

PARS XI.

REGULARUM SABINIANEARUM, DE JUDICIIS:

Et quidem de POSSESSORIIS, seu de INTERDICTIS:

Quo pertinent quatuor Regulæ seqq. puta 37.38. 39.40.

De ABSOLVENDI *potestate*.

XXXVII. ULPIANUS *libro quinquagesimo primo ad Sabinum*.

NEMO qui condemnare potest, absolvere non potest.

DE ABSOLVENDI seu LIBERANDI potestate, Judici competente, est hæc regula: qua quidem argumentatio continetur, a jure seu potestate *condemnandi*, ad jus *absolvendi*; velut a minus favorabili ad magis favorabile, hoc sensu. Eum qui condemnandi rei jus habet, multo magis absolvere eum, seu liberare; si innocens appareat, posse. *Multo magis*, inquam, quod duplici abnutivo hic indicatur. *Nemo*, &c. *absolvere non potest*. Perperam enim hæc lex ut ab Accursianis legitur, ita & explicatur: Ita, inquam, legitur, addita negativa, *Nemo, qui condemnare non potest, absolvere non potest*: quasi hic sensus sit, eum demum Judicem absolvere seu liberare posse, qui &, si velit, condemnare possit: Quod sane etsi regulariter verum sit, *l. solent 6. in fin. princ. D. de officio Proconsulis*: Tertullian. 4. *advers. Marcion. cap. an ejus sit absolvere, cujus non sit etiam damnare?* Attamen nonnunquam vitiatur. Nam cum favorabiliores sint rei quam actores (de quo *l.* 125. *infra hoc tit.*) & absolutionis favor major sit quam condemnationis, seu proniores sint leges ad absolvendum quam ad condemnandum, *l. Arrianus* 47. *D. de O. & A.* sane casus quidam sunt singulares, in quibus etsi Judici condemnare non licet, absolvere tamen licet, ut in specie *l.* 3. §. 1. *C. ubi Senatores*: at non etiam in sp. *Novell.*83. *seu Auth. Clericus*, subdita *legi* 33. *C.de Episcop. & Cleric.* quod tamen Accursius ejusque sequaces volebant: illud enim hactenus ibi constituitur, Judicem sæcularem in crimine sæculari seu civili, clericum reum inventum punire non posse, nisi prius per Episcopum sacerdotio spolietur. Quod cum hac regula nil commune habet: & in *spec. cap. penult. de*

 offic.

offic. deleg. & cap. ad eminentiam, de sent. excomm. de quo & aliis vide Menochium *1. de arbitrar.* 43. Atquin hæc regula nostra perpetua sit oportet: & nunquam fallax, *Nemo*, inquit, &c.

Quare verissima est Florentina & Haloandrina lectio, qua continetur (uti dixi) contrarium argumentum *perpetuum* a jure condemnandi ad jus absolvendi seu liberandi affirmative; hoc sensu, eum qui injuncta potestate nocentem condemnare potest, multo magis absolvere eum qui sibi innocens videatur posse. Et sic eadem omnino hujus regulæ sententia est, quæ Pauli *lege* 3. *D. de re judic.* De qua ex professo Menochius *d. loco* 1. *de arbitr.* 43.

Enimvero pertinet hæc regula ad *Judicis* & *Formulæ* seu *Actionis* dationem, qua Judex olim dabatur, quaque *Judex Pedaneus* a Magistratu judicare jubebatur, ut ostendunt quamplurimæ leges ex eodem Ulpiani lib. 51. ad Sabin. desumptæ, omnesque in eodem argumento *de Judiciis*, deque Judicibus datis, & condemnatione ab his facienda, factave occupatæ: puta *lex eum judicare* 13. *D. de jurisdict. l. 6. de capite minut. l. 59. de judiciis*: *l. 1. de in litem jur. l. 33. de evictionib. l. 55. de re judic. l. 179. de V. S.* Ac nominatim, argumento dictæ legis 179. ubi agitur quoque de hac formula seu clausula, *Quanti ea res erit*, vel *Quanti eam rem esse paret*, referenda est hæc regula ad eam formulam, *si paret Titium dare facere oportere*, vel *quid fecisse*, *Judex eum condemna*. Quæ formula frequenter occurrit apud Theophilum, *tit. de actionibus*. In formula scilicet ista, a Magistratu Judici data, fiebat *ῥητῶς διαῤῥήδην* mentio *condemnandi*, nempe quia formula dabatur secundum actoris intentionem. Hinc jam nata quæstio, ratioque dubitandi, cum præcise olim præscripto formulæ alligatus judex esset, sic ut ab ea recedere ne latum quidem unguem posset, utrum judex condemnare jussus, absolvere retro posset? Id quod hac regula affirmatur; ex natura contrariorum. Scilicet, ei qui uno casu condemnare jussus est, si PARERET, re ipsa & vice versa contrario casu, si NON PARERET, tacite absolvendi potestas facta creditur: *Nemo qui condemnare potest, absolvere non potest*: Et sic, ut dixi, eadem omnino hujus regulæ sententia est quæ Pauli *l. 3. D. de re judicata*. Qui damnare potest, is absolvendi quoque potestatem habet. Quam l. notandum est desumptam ex Pauli lib. 17. ad Edictum, quo idem argumentum *de judiciis* persecutus est.

Ait autem Iurisconsultus, *Nemo*, &c. ac si diceret, rem utique absurdissimam fore, si qui condemnare potest reum injuncta potestate seu notione, non & absolvere eundem innocentem posset: imo hoc ei potius dicere oportere, cum favorabilior sit absolutio quam condemnatio: Simili plane modo, etsi Prætor *ῥητῶς διαῤῥήδην* edicto suo postulaturis actionem daturum se polliceretur, attamen & denegandi actionem, uti quæque res esset, causa cognita, potestatem sibi servavit: Quo pertinet etiam Ulpiani sententia lib. 1. ad Edictum in *l.* 102. *infr. hoc tit. Ejus est actionem denegare, qui possit & dare*. Ita in *cap. verbum, de pœnitent. distinct.* 1. potestas data ad ligandum, etiam concessa ad absolvendum dicitur: quamquam ibi Gloss. casus aliquos recenset, quibus illa regula locum non habet: Jure civili hæc nostra perpetua est, nam licet hæc contraria videantur respectu finis, non tamen sunt respectu potestatis & jurisdictionis, ut Ripa loquitur in *l. 3. num. 1. de re judic.* denique a pari procedunt condemnare & absolvere, ita Gloss. *Clem. cum a repulsione, de appellat.*

Et

Et hæc quidem regula, ut vel ex genuina ejus specie apparet, tum demum locum habet, ubi causa cognita condemnare quis jubetur: Alioquin, quod hic a Bulgaro recte notatum, si nudum ministerium, nudum exercitium facti, nuda *executio* cui mandata sit, regulæ isti locus non est: quia executor nihil ultra potest, quam ei mandatum est, neque quidquam potest contra ea quæ inter partes statuta sunt, *l. si ut proponis 6. & l. executorem 8. Cod. de execut. rei jud.* de quo post alios Menochius *1. de arbitrar. quæst. 43. num. 21.* Interim ex superioribus apparet, rationem hujus regulæ non esse argumentum a majore ad minus, ut plerique perperam censent: imo a convertibili seu ab odio ad favorem, vel saltem a minus favorabili ad magis favorabile, pariter ut *l. 156. §. 1. inf. Cui damus actionem, eidem & exceptionem competere multo magis quis dixerit*. Quod vero quidam putarunt, jura cavillantes, ex hac regula id effici posse, eundem noxium promiscue pro animi sui libidine a judice vel condemnari vel absolvi posse, quomodo Tacitus Neronem memorat, *Senatui etiam si vellet, absolvendi cujusdam rei inimici sui ad speciem clementiæ potestatem dedisse*, id sophisticum est. Agitur enim hac regula de legitimo usu jureque potestatis exercendæ, quæ in condemnando noxio, absolvendo innoxio, consistit, non vero de eodem promiscue reus is sit nec ne pro animi sui libidine vel condemnando vel absolvendo. Hinc proinde etiam alienus est tractatus, quatenus Principi liceat etiam noxios liberare: quo se tamen Interpretes nonnulli hic effundunt *ἀπροσδιονύσως ad rem nihil facientia*. Denique alienus ab hac regula tractatus est, & exemplum de Judice, qui actorem ex mutua petitione & *Reconventione* condemnare potest, reum contra absolvere, *l. cum Papinianus 14. Cod. de sent. & interloc. jud.* quandoquidem ut actor vice mutua conveniri potest, ita & se defendere debet coram eodem judice, *l. si idem 11. §. 1. D. de jurisd. l. qui non cogitur 22. de judiciis*: & judex datus de mutuis petitionibus cognoscere debet & judicare, *l. 1. §. ult. quæ sent. sine appell. cap. 1. de mut. petit.* Alienus, inquam, hic tractatus est ab hac regula: in ejus quippe specie unum idemque causæ meritum præsupponendum est, cujus causa reus vel condemnandus vel absolvendus venit.

In HEREDES *ex delicto defuncti quatenus actio detur.*

XXXVIII. POMPONIUS *libro vicesimo nono ad Sabinum*.

SICUTI pœna ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.

DE PŒNALIUM judiciorum ex delicto defuncti vi seu potestate contra HEREDES (de quo peculiaris alioquin titulus extat in Codice, *ex delicto defunctorum quatenus heredes conveniantur*; est & tractatus §. *non autem*, *Instit. de actionib.*) est hæc regula: pariter ut quatuor aliæ hoc titulo concordantes, puta *lex* 44. 111. §. 1. 127. 164. *infra*: Quæritur autem: An & quatenus heres ex delicto defuncti teneatur? Et definitur, sicuti pœna heres ex delicto defuncti teneri non debet, ita nec lucrum facere eum oportere: ideoque teneri si quid & quatenus ad eum pervenit. Cui,

Cui, ut dixi, concordant quatuor illæ hoc ipso titulo leges seu regulæ, at non & lex 87. *inf.* quod quidam temere volunt. Quemadmodum & ab hac regula separandæ sunt duæ aliæ, puta *lex 152. in fin. & l. 157. infr. hoc tit.* sunt enim illæ de Actionibus ex persona defuncti ex contractu. In his sane postremis certum est, & quidem in his in quibus doli præstatio vel bona fides inest, si heredes ex dolo defuncti conveniantur, eos in solidum teneri, non in id tantum quod pervenit: quod non tantum Ulpianus ait *in l. si hominem 7. §. 2. D. depositi*: & Paulus *l. 49. de oblig. & act.* sed & idem Pomponius definit eodem *lib. 29.* ad Sabinum *in l. ex deposito 12. D. de oblig. & act.* quæ huic proprie jungenda est: ea quippe *κατ αντιδιαστολην ad distinctionem* pœnalium judiciorum ex delicto defuncti, definitur, ex depositi & commodati & mandati & tutelæ & negotiorum gestorum, ob dolum malum defuncti in solidum heredem teneri. De quo sane etiam agitur *in d. l. 152. §. ult. & l. 157. inf.* Ergo quæritur *in hac l.* ut & in quatuor reliquis huic concordantibus, de pœnali judicio, quatenus ex dolo defuncti, heres ejus teneatur? Nempe in id quod ex ea re ad eum pervenit: Licet enim crimina morte extinguantur, turpia tamen lucra scelereque quæsita heredibus extorqueri oportet *l. 5. D. de calumniatoribus*: vel ut dicitur *in l. 16. quod metus causa*, licet pœna ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quæsitum est, non debet ad heredem pertinere: vel, ut Papin. *in l. 12. ad leg. Cornel. de falsis*, quod scelere quæsitum est, heredi non relinquitur. Ac nominatim id hac regula quæritur in argumento de vi & materia interdictorum, possessionisque turbatæ, vel deterioratæ: ut argumentum præbent reliquæ leges omnes ex eodem Pomponii *libro* 29. ad Sabinum desumptæ (qui in hoc argumento interdictorum, & quidem de vi & vi armata, quod vi aut clam, & de precario occupatus fuit) ut ostendunt exinde *l. 60. & 70. D. de R. V. l. 14. de vi & vi arm. l. 21. quod vi aut clam*: *l. 5. 15. D. de precar.* Et vero certissimum est, in interdictis heredem pœna ex delicto defuncti non teneri, sed in id tantum quod ex ea re ad eum pervenit, *l. penult. D. de oper. nov. nuntiat. l. 1. §. ult. l. 2. & 3. in princ. & §. ult. de vi & vi armat. l. 15. §. 3. D. quod vi aut clam, l. 8. in fin. D. de precario*: quia in his interdictis id quod interest petitur, quod pœnæ genus est. Et hæc quidem ita speciatim obtinent in interdictis (quæ propria species est hujus regulæ.) Sed generalis nihilominus est hæc juris constitutio (ut etiam generaliter hic effertur, pariter ut *d. l. 44. & 111. §. 1. infr.*) sic ut certissimi & absolutissimi juris sit, actiones pœnales ex delicto venientes, in heredes non dari: de quo videnda insuper est inter alias *l. constitutionibus 33. D. de O. & A. l. 1. D. de privat. delict. §. 1. Instit. de perp. & temp. actionibus*: *l. 17. §. 1. & l. 26. de dolo*, ut sunt actiones pœnales furti, damni, injuriæ, vi bonorum raptorum, injuriarum, *d. l. 111. §. 1. & l. inde Neratius 23. §. 8. D. ad l. Aquil. l. 10. in princ. communi divid. l. 2. in fin. vi bonor. rapt. l. furti 15. C. de furt. §. 1. Instit. de perpet. & temp. act.* Atenim datur in id quod pervenit ad heredes: sola vi bonorum raptorum actione excepta: ibi quippe ne in id quidem quod heres locupletior factus est, actionem Prætor pollicetur: ea ratione quæ continetur *l. 2. in fin. D. vi bon. rapt.* Et hæc de pœnalibus actionibus ex delictis, de quibus proprie est hæc regula: Et peculiaris tamen quædam ratio est *legis penult. §. quod autem, D. quod quisque juris*: ibi scilicet

pœna

pœna edicti illius quod quisque juris ad heredem transmittitur, quod alioquin huic regulæ opponi solet: verum ejus ratio hæc est, quia ibi non agitur de solemni aliqua pœna, neque de pœnali actione in heredes tribuenda, verum de pœna juris novi impetrati in actione pecuniaria, quæ ad heredem suo cum nævo adfecta transit, & ideo heres ibi ad eandem normam formamque, qua defunctus redigitur, in actione hereditaria exercenda: quæ utique ex persona heredum non immutatur *l. 2. §. ex his 2. de V. O.* Obtinet & hæc regula in actionibus ex quasi delicto, *l. ult. §. hæc judicia, D. nautæ caupones stabul. leg. Julianus 16. de judiciis: leg. 3. 5. §. 5. D. de his qui effud.* Obtinet & in actionibus, non tantum mere pœnalibus, ut furti & injuriarum, &c. sed & in mixtis rei videlicet & pœnæ persecutoriis: veluti ob metum incussum, *l. quod diximus 16. quod metus causa*: in interdicto de vi & vi armata, *l. 3. §. 1. & §. ult. de vi & vi armata:* de quo *jam sup.* calumniæ, *l. 5. sup. de calumniatoribus*: servi corrupti, *l. hæc actio 13. de servo corrupto*: arborum furtim cæsarum, *l. 7. §. ult. arbor. furt. cæs.* in l. Aquilia, *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem 8. D. ad legem Aquil.* in incendio, ruina, naufragio, *l. Pedius 4. §. ult. de incendio, ruin.* Obtinet & in actionibus ex delictis in factum, quibus persequimur id quod interest: nam & hoc pœnæ quoque genus est, ut jam dixi: *l. 5. §. ult. & l. seq. D. ne quis eum qui in jus vocab. l. 1. §. ult. de eo per quem fact. l. si plures 17. §. 1. de dolo*: *l. 2. §. penult. si mens. fals. mod. l. 9. §. 1. quod falso tutore*. Imo obtinet hæc regula, quæ negat heredem defunctum ex *pœna* teneri, & in actionibus ex contractu pœnalibus, puta in deposito tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa: Nam etsi ibi heres in solidum teneatur, non tamen tenetur in pœnam *l. 1. §. 1. in fin. & l. 18. depositi*. Eademque ratio est actionis rerum amotarum, ut heres ibi de pœna non teneatur, *l. 6. §. 3. rer. amot. l. ult. C. eod. tit.* Eadem ratio est condictionis furtivæ, argum. *l. 2. §. penult. D. de peculio*: *l. 3. in fin. rerum amotarum*: necquicquam obstante *d. l. contra 6. §. 3. eod. tit. rer. amotar. & l. 7. in fin. de condict. furtiv.* de quo videndus Cujacius 7. *observat.* 37. in quo tamen nonnulli dissentiunt. Eadem ratio judiciorum seu actionum criminalium, quæ similiter rei persecutionem tantum in se continent, nam & tum heredes etsi pœnæ nomine ipsi non teneantur ultra bonorum defuncti rationem, tamen in solidum tenentur, veluti in crimine peculatus, repetundarum, de residuis, *l. ex Judiciorum 20. D. de accus. l. 2. D. repetund. l. ult. D. peculatus*: *nec immerito*, *cum* ut Papinianus ibi loquitur, *in his quæstio principalis ablatæ pecuniæ moveatur*: Accedat & actio seu persecutio *commissi*, gabellæ & vectigalis fraudati nomine, ut & illicitarum mercium commissum: quia & hæc rei persecutionem continet, & quod commissum est statim desinit ejus esse qui crimen contraxit, *l. 8. 11. §. 3. l. 14. D. de publican. & vectigal.* Quare caute *dict. l. 111. §. 1.* dicitur, *in heredem non solere actiones transire*, *quæ* PŒNALES *sunt ex maleficio*: Ad exclusionem scilicet actionum ex maleficio quæ non sunt pœnales.

Quare ita jam definiamus: In omni actionum genere, in quibus PŒNA vel quod interest petitur ex DELICTO; unde actio promanet, sive principaliter ex delicto, sive ex negotio gesto, contractu, heredem pœna non teneri, sed vel in solidum quibusdam casibus teneri, aliis, lucrum tantum (id est id quod exinde ad eum pervenit) ei extorqueri, ne alieno scelere ditetur, *l. unic. C. ex delict. defunct. in quant. heredes*; quia

quia tum calculi ratione potius quam maleficii convenitur *l. 29. D. de dol.* Exceptio tantum hic addenda est, nisi pœnale judicium semel acceptum fuerit, seu lis contestata cum defuncto: tum enim pœnale judicium transit in heredem seu transmittitur, *d. l. 164. infr. hoc tit.* ubi dicam, quæ quidem quinta jam hujus tituli regula est, de pœnalis judicii vi & transmissione. Eaque exceptio subnixa generali regulæ *legis 139. sup.* & *l. 58. de obligat. & act. l. 34. de judiciis*: Exceptis tamen adhuc hac parte publicis judiciis (aliis quam majestatis & repetundarum: nam ibi quod jam antea monuimus bonorum defuncti proscriptioni in heredes locus est, etsi lis nec contestata quidem fuerit) ibi quippe litem contestatam non sufficit, sed condemnatio secuta fuerit oportet: *l. 20. D. de accusat.* Tandem, quia hæc regula nostra prima omnium occurrit in hoc argumento, operæ pretium facturus videor, si omnium quæ in hoc argumento versantur hoc titulo, synopsin conficiamus. Ergo, omnibus illis in commune definitur, vel præsupponitur, pœnales actiones ex delicto defuncti in heredes non dari, nisi in id quod interest. Hæc, inquam, regula ex æquo omnibus illis legibus stabilitur: Atenim diversæ sunt illarum species. 1. Hæc 38. pertinet ad Interdictum de vi. 2. *Lex* 44. ad Tributoriam actionem. 3. *Lex* 111. §. 1. ad Edictum de eo per quem factum erit quo minus quis in judicio sistat: 4. *Lex* 127. ad malæ fidei possessorem in hereditatis petitione. Et hæc de regula, deque diversis ejus speciebus. Sed enim *Ampliatio* continetur quoque in *dict. l.* 127. nempe satis esse hac in re, ut vel momento quid pervenerit ad heredes. Tandem & *Exceptio* continetur in *l.* 164. nempe, judicia quædam in heredes transmitti judicio semel accepto, seu post litem contestatam: cui succinit ✱ *dict. lex* 87. *inf.*

De MORA *ab alio admissa.*

XXXIX IDEM (*Pomponius*) *libro trigesimo secundo ad Sabinum.*

*IN omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora * sit quo minus fiat.*

* In Haloand. *mora est*: quomodo & P. Faber *mora sit.*

DE Mora alterius est hæc regula: per quam videlicet fit, ut quid quod oportet non fiat, non impleatur: Quod sane cum evenit pro facto haberi id hac regula definitur: pariter ut duabus aliis regulis huic concordantibus: puta *l. in jure civili* 161. *& l. qui potest* 174. *in princ. infr.* Species hujus regulæ pertinet ad interdictum uti possidetis seu possessorium judicium: de eo quippe hoc *lib.* 32. ad Sabinum Pomponium egisse, docet *lex si colonus* 31. *lex fundi venditor* 33. *D. de adquir. possess. l. 32. D. de usucap. l. 1. D. pro empto, l. 1. D. pro herede, l. 4. D. pro donato, l. 5. pro derelicto, l. 6. D. pro legato, l. 4. D. pro suo, l. 16. D. de precario.* Et quidem species hujus regulæ in vacuæ possessionis traditione poni potest, quod Ræyardo quoque placuit, suadente *d. l. 33. D. de adquir. poss.* quæ huic, ut dixi, inter alias coaffanda est. Casus ita figuretur: Fundus (idem in servo) venditus est a Titio? Sane priusquam venditor eum empto-

emptori tradat, vel tradi curet, non recte emptor per se possessionem nanciscitur, vel in possessionem veniet, *l. 5. D. de adquir. possess.* Sed finge, in mora esse Titium venditorem, vel Titium venditoris amicum, aut actorem, cui negotium vacuæ possessionis tradendæ mandatum erat, id est morari, frustrari, per eum denique moram fieri quo minus vacua possessio tradatur? Poterit emptor per se in possessionem venire: Hæc, inquam, hujus regulæ species videtur, quam cum Pomponius tractaret, pro ratione hanc generalem juris regulam substraverit: *In omnibus causis pro facto id accipi, in quo per alium mora fit quo minus fiat*: Dixit JCtus: *In quo per alium mora fit: Per alium*: 1. veluti si is, qui quid ex contractu in complementum ejus quid facere tenetur, non faciat, ut in sp. *hujus leg.* contra quam Cujacius ad *leg. 34. §. 4. de legat. 2.* qui ad eam sp. quam tertio mox loco proponam, hanc reg. referebat. 2. Si is, a quo implendæ conditionis commoditas, opportunitas præbenda erat, eam non præbeat: veluti si heres quis institutus sit, si statuas in municipio posuerit, & locus ei a municipibus non detur, *l. Titius 14. D. de condit. & demonstr.* Si quis alterius arbitratu monumentum facere jussus sit, & is arbitrari nolit, *l. multa 6. D. de condit. & demonst.* Si bibliotheca tibi ita vendita fuerit, si decuriones locum tibi vendidissent, in quo eam poneres, & per decuriones stet, arg. a contrario *l. Labeo 50. D. de contr. empt.* Si alienum servum qui manumittere jussus est, & dominus eum vendere nolit, *l. si fundum 92. §. 1. de legat. 2.* Si relictum legatum fuerit cui, *ne a filio ejus recederet*, & per tutorem factum est quo minus conditionem impleret, *l. Titia 34. §. 4. de legat. 2.* His enim omnibus casibus si is, cui conditio adscripta inculpatus fit, i. per eum mora non fit, conditio pro impleta habetur. 3. Si is, in cujus persona factum vel conditio implenda erat, moram faciat vel nolit: conditio, inquam, vel *dandi*, si dederit quid; vel *faciendi*, si fecerit, si uxorem duxerit hanc vel illam, si nupserit huic vel illi, & is nolit, vel moram faciat, *l. si ita 3. l. uter 23. D. de condit. institut. l. Mævia 13. de annuis leg. l. Titia 34. §. 4. de leg. 2. l. 5. §. 5. quando dies legatorum: l. 24. 31. l. Julianus 45. l. heres 66. l. cum pupillus 78. de condit. & demonstr. l. 3. in fin. l. 38. de statuliberis: l. 1. C. de instit. & substit. l. 1. C. de his quæ sub modo: l. ult. ibi, sive per eum, &c. C. de condit. insertis.* 4. Si is, cujus interest conditionem non impleri, moram faciat, vel per eum fiat quo minus conditio non impleatur, *l. in jure civili 161. infr. l. jure civili 24. de condit. & demonstr.* qui si impleta conditio esset, debiturus erat, *l. Julius 81. in fin. eod. tit. de condit. & demonst.* & per eum fiat quo minus quid fiat, denique conditioni non pareat: v. g. Promissor, seu obligatus sub conditione, *d. l. 161. & d. l. 24. l. in executione 85. §. ult. D. de V. O.* Creditor, *l. 8. de nautico fœnore*: *l. qui decem 72. in princ. de solution.* Venditor, *l. hæc venditio 7. in fin. princ. D. de contrah. empt.* Emptor, *l. Labeo 50. eod. tit.* Heres denique, in fraudem creditorum, legatariorum, vel statuliberi, *l. 174. in princ. infr. l. 3. §. ult. D. de condict. causa data; l. ult. ibi si stet per heredem, C. de condit. insertis: l. cum quidam 17. §. si pupillo 3. de usuris: l. 1. §. 8. si quis omissa caus. test. l. 5. §. 5. quando dies legatorum: l. 20. §. 5. in fin. de statuliber.* Fieri potest, & non tam mora quam impedimentum objici a tertio extraneo, quem negotium non contingit, *l. quibus diebus 40. in princ. de condit. & demonstr.* Potest & per fortuitos casus factum impediri, ut *d. l. ult. ibi per fortuitos casus, C. de condit. insertis*: veluti si res conditione comprehensa moriatur, vel occi-
Tom. I. V datur,

datur, ut in sp. *l. inde Neratius* 23. §. 2. *ad leg. Aquil.* & *l.* 7. §. 7. *D. de condit. inst.* si servus qui aliud dare jussus erat, hostium vel latronum incursu id perdidit, *d. l. ult. C. de condit. insertis*. Si is, cui quis operas suas locavit, decessit, *l.* 18. *in fin. l.* 38. *locati*: *l.* 1. §. 13. *de extraord. cogn.* Verum (quod summopere notandum) hi duo postremi casus ad hanc regulam non faciunt, ut nec ad duas alias concordantes 161. 174. verum ad quatuor priores & hæc & illæ pertinent. Ergo, 1. quemcumque mihi fingas, qui in complementum contractus initi quid facere tenetur: 2. quem voles cumque, a quo opportunitas conditionis implendæ vel faciendi quid accipienda erat: 3. quem voles cumque, in cujus persona quid faciendum, conditiove implenda erat: 4. quem voles cumque, cujus interest quid non fieri, vel conditionem non impleri: si per eos mora sit quo minus quid fiat, pro facto quod faciendum erat, accipitur. Et quidem IN OMNIBUS CAUSIS: de quo ad *leg.* 161. *inf.*

Ex his jam apparet, quam male Giphanius hic vocem *Moræ* expungi voluerit, quæ hic omnino necessaria est. Deinde quam male hanc regulam Bulgarus, Placentinus, Decius, Ferrarius, Cagnolus, Francus, de vi metu injecto acceperint, Accursius enim utramque lectionem secutus est, tam de mora quam de metu, ut ostendunt exempla ejus in Glossâ: propter corruptam lectionem, *in quo quis alium perhorrescit*, pro, *in quo per alium mora fit*. Quam tamen etiam hodie nonnulli contra fidem Florentini archetypi tuentur, atque ideo de justo metu & terrore hic unice agunt: sic ut in appellatione ob metum Judicis non interposita, vel libellis appellatoriis non obtentis, casum ponant; inque eo qui cum opus faceret fecit quo minus prohiberi posset: denique in actore vel extraneo, qui fecit quo minus reus in jus venire posset. Quæ hinc prorsus aliena sunt.

De FURIOSO *&* *de* BONIS INTERDICTO.

XL. IDEM (*Pomponius*) *libro trigesimo quarto ad Sabinum.*

FURIOSI, vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.

DE *Furioso* deque *Bonis interdicto*, eorumque scientia & patientia in re quæ in rei suæ familiaris detrimentum vergit, est hæc Pomponii regula: cui in summam concordant quatuor aliæ hujus tituli regulæ, puta *lex* 5. *supr. l.* 50. 109. 110. *infr.* Porro ex omnibus illis legibus, quæ ex 34. Pomponii libro ad Sabinum desumptæ sunt, apparet, Pomponium eo libro egisse *de Interdicto de Aqua*, *& de actionibus aquæ nomine proditis*, sive fluminex aquæ sint, sive pluviæ, ut ostendunt *lex* 25. *D. de servit. R. P. l.* 30. *D. de adqu. rer. dom. l.* 2. *D. de flumin. l.* 3. *D. de aqua quot.* tandem *l. sed hoc ita* 20. *D. de aqua pluv. arcend.* Finge, opus novum me fecisse, te vicino patiente, id est, non nolente: atque ex hoc novo opere aquam pluviam tibi nocere? Sane non teneor tibi actione aquæ pluviæ arcendæ, *l. Labeo* 19. *dict. tit. de aqua pluvia arcend.* Excipe si, quod habet dicta *lex* 20. (quæ ex eodem Pomponii *libro* 34. ad Sabinum desumpta est, ac proinde huic conjungenda venit) proxime cohærens, *si non per errorem aut imperitiam deceptus fueris*: *nulla enim voluntas errantis est*. Ad hanc limitationem hæc

hæc quoque regula nostra pertinet: qua id ipsum furioso prodigoque bonis interdicto aptatur: *quia*, inquit ea, *horum nulla voluntas est*. Is scilicet demum pati seu non nolle potest, qui potest & velle, *l. 3. supr. hoc tit.* quæ ita quoque huic regulæ omnino concordat. Et ita quidem in hoc interdicto aquæ pluviæ arcendæ species hujus regulæ ponenda est: Quanquam & aliis interdictis similiter aptari potest: nam & ita Ulpianus ait *in l. 1. §. 6. D. ne vis fiat ei*, eo interdicto neque pupillum, neque furiosum, quia affectu careant, teneri. Unde jam efficitur generaliter in interdictorum argumento, has personas quamcunque voluntatem adhibuerint, non ideo bonis suis fraudari, jureque suo excidere: neque eosdem, furiosum scilicet & pupillum doli non capacem, pœnæ obnoxios reddi.

Comparatio porro quæ hac regula instituitur, seu exæquatio isthæc, seu *ἰσοδυναμία*, *ἰσονομία æquipollentia*, *legum similitudo*, furiosi & prodigi bonis a Prætore interdicti, non simpliciter accipienda est, sed secundum quid, restringendaque ad similes casus ei quo hæc lex pertinet, id est, ubi de re jureque suo amittendo deque re familiari agitur: Sane enim ut prodigus furiosum bonorum exitum facere dicitur, *l. his qui 12. §. 1. D. de tutor. dat.* ita tum demum pari passu ambulant, cum de jactura seu alienatione bonorum quæritur: Ideo scilicet nulla utriusque voluntas habetur, *h. l.* ideo neuter obligatur ne naturaliter quidem *l. 1. §. furiosum 12. D. de obligat. & act.* ideo utrique curatore dato prospicitur *tit. D. de Curatoribus furioso, & aliis extra minores dandis:* & expressius *tit. Cod. de curatore furiosi vel prodigi*: Neuter alienare, transferre, solvere, tradere, diminuere potest, nec alienanti consentire, *l. 1. & l. Julianus 10. D. de curatore furios. l. interdum 29. D. de condict. indeb. d. l. 6. de V. O. l. 26. de contrah. empt.* Neuter jusjurandum deferre potest, *l. tutor 35. §. 1. D. de jurejur.* Neuter novum opus fieri pati censetur, *hac l.* Utriusque bona sine decreto alienari non possunt, *l. si prædia 11. D. de reb. eorum qui sub tutor.* Intestabilis uterque est, *l. 18. D. qui testam. facere poss. §. prodigo, Instit. quib. permissum non est testam. facere: §. testes, Inst. de testam. ordin.* Sicut pater substituere filio furioso potest, *l. 43. D. de vulgari & pupill. l. humanitatis, C. de impuber. & aliis*, ita & prodigo potest, ex Interpretum saltem sententia: Atenim in delictis jam separantur furiosus & bonis interdictus, quia interdictio non nisi *bonorum* contemplatu fit, quibus regendis ineptus quis est: Furiosus scilicet delinquere non potest, cum affectum delinquendi non habeat, *l. 13. §. 1. & l. seq. de offic. Præsid. l. 3. §. 1. D. de injuriis: l. 12. D. de sicariis: l. pen. §. ult. D. de parricid.*: Prodigus delinquere omnino potest, cum doli & fraudis capax sit. Denique differunt etiam in Adquirendo, sed & in Negotiis contrahendis, meliore denique conditione sua facienda, *l. 5. sup. hoc tit. l. 6. D. de V. O. l. 3. D. de novation. l. 5. §. 1. D. de adquirend. hereditat.* Quam quidem differentiam adquisitionis & obligationis exerte Julianus *dict. l. 6.* tradit.

De aliis porro personis, quæ pati non posse intelliguntur, puta de Pupillo, *v. l. 3. sup. l. 110. §. 2. inf.* ut & de eo qui prohibere non potest, *v. l. 50.*

Atque hic Primæ Collectionis, seu Regularum SABINIANEARUM quadraginta quatuor, finis esto.



SECUNDA REGULARUM

Collectio, seu Systema,

EDICTALES REGULÆ XX.

Ex mediis veterum Interpretum AD EDICTUM LIBRIS desumptæ, Legibusque XVII. comprehensæ, a *l.* 41. ad *l.* 57. inclusive.

EDICTALES *Regulæ quædam sequuntur, desumptæ ex libris commentariis Gaji, Ulpiani, Pauli ad Edictum: neque tamen ex primis adhuc eorum ad Edictum libris, verum ex mediis, quæque adeo Regulæ melius inter* l. 138. *&* l. 139. inf. *posita fuissent; quam ut hodie hoc loco, de qua luxatione dicam plenius in ingressu* legis 102. *&* 139. inf. *Quare sex aliæ partes Regularum Edictalium has antevertere debuerunt, quæ jacent a* d. l. 102. *ad* 139. *quas hæc septima nunc excipere debuit.*

PARS

PARS SEPTIMA

EDICTALIUM REGULARUM,

Respondens libb. XII. XIII. XIV. XV. XVI. XVII. *Digestorum.*

DE

CONTRACTIBUS REALIBUS:

Quo referenda sunt septem priores leges, puta lex 41. 42. 43. 44. 45. 46. *&* 47.

ACTORIS *&* REI *comparatio.*

XLI. ULPIANUS *libro vicesimo sexto ad Edictum.*

NON debet actori licere quod reo non permittitur.



ÆC Lex duabus Regulis constans, duplicem *favorem* & æquitatem in contractuum argumento suppeditat, quam præ oculis Judices & Jurisconsultos habere oportet: Prior favor est personalis, posterior realis: Nempe ut rerum, ita & reorum & personarum quarundam in jure aliæ aliis favorabiliores sunt.

DE REIS est prior hujus legis Regula: De quorum in commune favore præ actoribus est generalis illa regula, quæ continetur *l.* 125. *infr.* ubi dicitur, *favorabiliores reos quam actores haberi:* sunt specialiores vero tres numero, quæ ad illam velut matrem referuntur: puta, *l.*42.43. 156. §. 1. *infr.* 1. Ignorantia scilicet rei facilius quam actoris excusatur *d. l.* 42. 2. *Exceptiones* multo magis reis competunt, quam dantur actiones *d. l.* 156. §. 1. 3. Imo exceptionibus uti rei pluribus possunt, at non & actores, actionibus; *d. l.* 43. 4. In *processu seu progressu judiciario*: & inter alia, in jurejurando deferendo, & in sententiis Judicum formandis rei potior ratio quam actoris, *dict. leg.* 125. Et hæc interim synopsis regularum, quæ hoc tit. de potiore reorum favore quam actorum occurrunt, notanda est. Quibus adde & speciales adhuc quatuor leges de *possessorum* nominatim favore; puta, *legem* 33. *supr. l.* 126. §. 2. *l.* 128. *in princ. l.* 154. *infr.* Hinc adeo (quæ tres sententiæ ab hac regula diversæ sunt, & turbide tamen ab Interpretibus cum hac commiscentur) 1. *Multa actori prohibita sunt, quæ reo permittuntur.* 2. Et retro: *Quod actori licet, multo magis reo permittitur.* 3. Et, ut maxime quandoque æquo jure habeantur, parique passu ambulent: veluti in procu-

ratore

ratore post litem contestatam causa cognita mutando, *l. post litem 17. juncta l. quæ omnia 35. D. de procuratoribus*: attamen (quæ jam distincta a superioribus regula hic proponitur) *Quod reo non permittitur, non debet actori licere*; & quod illi denegatum est, id actor vindicare non potest: cum alias tantum absit, id fieri possit, ut contra, quod jam supra præstruximus, favorabiliores sint rei. Et æquitatem hujus sententiæ seu regulæ, Jurisconsultus indicat hac formula, *Non debet*: quæ & ipsa eodem sensu fineque addita in *l. 21. supr. & l. 74. in fin.* qua æquitas regulæ commendari seu inculcari solet: ac si diceret Jurisconsultus, rem absurdam & iniquam fore, si aliter comparatum esset, si inquam actori liceret quod reo non permittitur.

Exemplum seu *species* huius regulæ poni potest, quod ab aliis quoque iam indicatum est, in *jurejurando*: de eo quippe actum hoc libro 26. ad Edictum ab Ulpiano fidem faciunt *lex 18. 23. 25. 34. D. de jurejurando*, quæ proinde huic conferendæ veniunt. Et hac primum specie apposita. Nempe ita ius est, ut in defectum probationis actor reo iusiurandum deferre soleat, reus vero (nisi solvere malit) iurare necesse habeat: quod quidem edicto Prætoris nominatim comprehensum fuit: cuius verba refert, mox etiam explicat Ulpianus in *d. l. 34. §. 6.* Ait Prætor, *Eum a quo iusiurandum petetur solvere aut iurare cogam.* Mox subiicit, dari & aliam facultatem reo, ut si malit, iusiurandum *referat* (actori scilicet: manifestæ alioquin turpitudinis & confessionis est, nec jurare, nec jusjurandum referre, *l. 38. D. de jurejur.*) & si is qui petit (id est actor) conditione jurisjurandi non utatur, judicium ei Prætor non dabit, addita ratione: *Æquissime enim hoc facit* (Prætor) *cum non debeat displicere conditio iurisiurandi ei qui detulit*. Ex his jam patet quod hæc regula habet, actori non licere quod reo non permittitur: Non, inquam, licet actori jurisjurandi conditionem defugere, quam reo non licuit recusare, nisi solvere mallet aut referre.

Imo subjicit ibidem Ulpianus, in quo diversa jam potiorque rei ratio est, jusjurandum de calumnia quod is qui iusiurandum defert (actor scilicet) prius iurare debet si hoc exigatur, ut docet quoque *d. lex 34. §. 4. & lex 37. eod. tit. l. delata 9. C. de iurei.* & Paulus *lib. 2. sentent. tit. 1.* iusiurandum referenti (reo) deferre non possit: addita ratione, quia non ferendus est actor, si de conditionis (iurisiurandi scilicet) quam ipse detulit, calumnia velit sibi iurari. Actor scilicet qui iusiurandum detulit, de calumnia iurare tenetur: at non & reus qui retulit: de calumnia quippe actoris, qui ad agendum ultro processit, pensoque consilio, & certa animi destinatione (de quo ad *d. l. 42.*) pronior suspicio est, quam de reo, cui defendendi sui necessitas incumbit. Atque hæc quidem huic regulæ species commodissime aptanda videtur.

Unica tantum *exceptio* huius regulæ notanda est, sed quæ per varias species decurrit, unica ratione subnixa: Evenit, inquam, aliquando, ut actori liceat quod reo non licet: non equidem actoris ipsius favore, qui utique minus favorabilis est quam reus, verum iudicii ipsius necessitate, eiusque explicandi gratia, ubi alioquin iustus eludendi vel distrahendi iudicii metus est a parte rei: denique in constituendo ordinandoque judicio, litisque ingressu, & ne deterior actoris conditio reddatur, incommodove aliquo adficiatur, actori magis favetur, eique licent quæ reo non permittuntur, ut in spec. *l. 5. §. 7. D. judicatum solvi*: *legis cum clericis 25. in princ. C. de Episcopis & Clericis*: *Novella 53. c. 1. & 2. & Novella 69.* Item in sp. *legis de die 8. D. qui satisdare.* Ut & in

in interpretatione intentionis, id est actionis seu formulæ, *l. 171. infr. hoc tit. & l. si quis intentione 66. D. de judiciis*. Eodemque spectat tractatus *leg. solemus 61. D. de judiciis* (quae & ipsa ex eodem Ulpiani libro 26. ad Edictum cum hac conjungenda est) circa illud vulgare dictum: *Id venire in judicium, de quo actum est inter litigantes*: ubi Ulpianus ex Celso refert, *periculosum esse id ex persona rei metiri, qui semper ne condemnetur, hoc dicet, non convenisse*. Cui concinit & *lex inter stipulantem 83. §. 1. de V. O.* ubi par ratio redditur: *Actori*, inquit, *potius credendum est, alioquin semper reus negabit se consensisse*.

REPETITIONIS *favor præ lucro*.

§. In re obscura legis 41.

*In re obscura melius est favere repetitioni *, quam adventitio lucro.*

* id est condictioni indebiti.

DE REPETITIONIS, seu CONDICTIONIS, favore est hæc Regula, & quidem in OBSCURO (de quo sunt sedecim præterea hoc tit. regulæ) Quod & ipsa satis arguit. Ad *Promutuum*, inquam, seu *indebiti soluti repetitionem*, seu condictionem, pertinet hic §. sic ut ea pariter, ut superiore, favor quidam contineatur, favor, inquam realis, puta ut repetitioni in re obscura melius sit favere, quam adventitio lucro. Et sane species huic regulæ aptanda venit in *conditione indebiti*: de qua Ulpianus egit hoc libro 26. ad Edictum, ut liquet ex prolixa ejus *l. si non sortem 26. D. de condict. indebiti*, quæ ex eodem Ulpiani libro desumpta huic conjungenda est. Et figurari potest in hoc argumento condictionis indebiti ad hanc regulam casus: & in obscuro seu incerto *voluntatis*: & in incerto *eventus*. In incerto seu obscuro voluntatis, ut species ponatur, præsupponenda est indebitum ab ignorante per errorem facti solutum repeti seu condici posse; a sciente contra se non debere, cessare repetitionem: Hæc, inquam, obtinent, cum exploratum videlicet est, scivisse aliquem vel nescivisse: sed quid si hæc res in *obscuro* & in *incerto* sit? id est, neque liqueat, utrum is qui indebitum solvit, sciverit indebitum, & sic donandi animo solverit, an vero crediderit debitum? Hic jam regula nostra aptanda veniet: *In re obscura melius esse favere repetitioni, quam adventitio lucro*: & sic præsumi quem potius nescientem indebitum solvisse, quam scientem.

Secundo, species ad hanc regulam poni potest in obscuro seu incerto *eventus*: cujusmodi casum expressum in condictione indebiti suppeditat Papiniani *lex sufficit 56. D. de condict. indebiti*. Finge, cum deberes mihi pecuniam, pacti sumus, *ne ea a me peteretur, donec Titius Consul fieret?* Ex hac pactione quæritur tibi exceptio, si antequam Titius Cos. factus fuerit, pecuniam a te petam: & quidem, si Titius mortuus fuerit, exceptio perpetua: exceptio vero temporaria, si ante consulatum Titii petiero: & sic si Titius consulatum ineat, invenietur exceptio fuisse temporaria: Quid si ante consulatum Titii solvam? Sane regulariter temporaria exceptio non inducit condictionem, sed perpe-

perpetua tantum: Verum in hoc casu, sufficit ad causam & condictionem indebiti, INCERTUM esse, temporariane sit an perpetua exceptionis defensio, seu sufficit defensio juris, quæ causam incertam habet: atque adeo quod hoc casu & dum res in incerto est, interim solvitur, repeti potest. Et addit Papinianus, *Summa ratione*, quod hæc defensio juris, i. e. exceptio quae causam incertam habet, conditionis instar obtinet: cujus scilicet conditionis eventus in incerto est. Ergo hoc casu ceu in *obscuro* eventus scilicet melius est faveri repetitioni quam adventitio lucro.

Sane Justinianus quoque quod ad priorem casum magis accedit, decisione sua, puta *l. ult. C. de condict. indeb.* (unde Glossa primum casum hic ponebat) eandem præsumptionem & regulam aptavit in illa veterum controversia, etsi diversa: Utrum scilicet qui mente titubante seu ancipiti animo indebitum solvisset, videretur sciens aut nesciens solvisse, & sic repetere posset nec ne? Qui repetitionem denegabant, duplici argumento nitebantur. Primum, quod dubitans & in aliis casibus quibusdam pro sciente habeatur, nempe ubi dubitatio non respicit substantiam negotii, ut in spec. *legis 6. §. 4. D. de adqu. her. l. 22. §. 3. D. de liber. causa*. Secundo quod is qui dubitans solvit, videatur transactionis causa, animoque ut a lite discederet, solvisse. Verum contrariam prætulit Justinianus sententiam, & hic in re obscura repetitioni potius favendum esse: hoc etiam argumento, quod etsi dubius mediam sortem inter scientem & ignorantem teneat, ignoranti tamen vicinior sit, ubi videlicet substantiam negotii respicit dubitatio; quod videre licet etiam in specie *leg. 1. in princ. D. de legat. 3. l. 15. D. qui testam. fac. poss. l. 2. in prin. D. quis ord. in possess. l. ult. §. sin autem, C. de furtis*. Sic ut dubitans & errans pro iisdem habeantur *d. l. 15.* Ait autem lex, *Melius*, id est æquius, ut cæteroquin omnis condictio indebiti ex bono & æquo introducta est: & revocare convenit, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur: ut ait idem Papin. *l. 66. de cond. indeb.* ita *& hic melius*. Nempe æquius melius est ei qui de damno vitando certat, quam ei qui de lucro contendit, faveri: Quæ & ipsa quoque formula occurrit, ut alias leges omittam plures, *l. 85. in princ. infr. hoc tit. In ambiguis pro dotibus respondere melius est*. Alioquin id absurdum foret, si contra statueretur; ut dicitur *l. ult. C. de jure delib.* de qua mox.

Porro, cum in genere hæc regula pertineat ad *condictionem indebiti*, aptari quoque ea possit in usuris indebite solutis *d. l. 26. in princ. & §. 1. 2. D. de condict. indeb.* non quidem quod *lucri* appellatione hic intelligantur usuræ, ut quidam censent, quas etiam notum est, non propter lucrum, sed propter moram infligi, verum quia adventitium lucrum est, *κέρδος ἐπιγενόμενον*, si quid indebite solutum est retineri possit.

Et hæ quidem, quas dixi superius, species huic regulæ aptari possunt, non eæ quas Græci, & in his Theodorus Hermopolites, & Scholiastes Harmenopuli *lib. 1. tit. 15.* habent, ubi repetitionem qua de hic agitur pessime accipiunt de repetitione mutui dati creditori competente, opposite ad usuras quas alius creditor petit: *Repetitio* enim hic dicitur de indebiti soluti condictione: & sic de promutuo, non vero de mutuo. Vicinior huic regulæ species seu casus est *l. ult. §. sin vero creditores 5. C. de jure delib.* quem secundum casum Glossa hic ponebat, ubi quoque de re recuperanda agitur, diciturque: *Cum satis absurdum sit, creditoribus quidem jus suum persequentibus auxilium denegari: legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partitas leges accommodare*. Verum

rum

rum in ea specie pugna est inter creditorem, qui legatum solutum ab herede repetit, & legatarium, qui lucrum captat adventitium: Etsi verum ibi quoque sit, repetitionis quam lucri potiorem haberi rationem. In specie hujus regulæ non creditor repetit, verum opinatus *debitor*, indebitum a se solutum condicit, contra contendente alio qui adventitium lucrum captabat; lucrum adventitium, veluti donationem, liberalitatem.

De justa HEREDIS *&* *Fidejussoris* IGNORANTIA.

XLII. GAJUS *libro nono ad Edictum Provinciale*.

QUI in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiæ, an id quod petetur, deberetur: Fidejussores quoque, non minus quam heredes, justam ignorantiam possunt allegare. Hac ita de herede dicta sunt, si cum eo agetur, non etiam si agat: Nam plane qui agit, certus esse debet, cum sit in potestate ejus quando velit experiri: & ante debet rem diligenter explorare, & tunc ad agendum procedere.

DE justa *Heredis* potissimum, sed & Fidejussoris IGNORANTIA, est hæc regula, pariter, ut de justa heredis ignorantia sunt duæ aliæ hoc titulo: puta *lex* 19. *in princ. & l.* 99. *infr.* Quibus accedunt & duæ aliæ regulæ *de iusta aliorum* quorundam ignorantia, veluti mariti, puta *lex* 63. & actoris *l.* 177. §. 1. Hæc nostra pariter ut superior ad *indebiti* per ignorantiam soluti, *condictionem* pertinet (mox ut plenius ostendetur) Ac nominatim est de indebito soluto per ignorantiam heredis aut fidejussoris. Dum in eo argumento versatur Gajus, de *Ignorantia* heredis & fidejussoris plenius agere instituit. Et inter alia quidem, de justa ignorantia heredis & fidejussoris rei quæ a se petitur in judicio. Hæc enim propria est hujus regulæ species, non de justa ignorantia quam rei a se factæ extra judicium heres obtendit: ut in sp. *l.* 2. *in fin. D. depositi*: quam alioquin speciem hic inter alias ponebat Glossa. Quatuor porro sententiis constat hæc regula sive lex, ipsa primum *regula;* dein Extensio & Limitatio. Ipsa *regula* hæc est 1. *Heredem* conventum justam habere ignorantiæ causam, an id quod petitur, debeatur; Ex suo videlicet contractu conventus quis non facile ignorantiam obtendere potest, ex alieno potest, & in alieni facti ignorantia tolerabilis error est, *l. ult. in fin. D. pro suo*. 2. Ampliatio seu Extensio sequitur: *Fideiussoris* scilicet similis quæ heredis esse ratio dicitur; quia & ipse non minus quam heres iustam ignorantiam potest allegare: veluti, si cum fideiussor alieno contractui & mutuo intervenisset, mutuum autem numeratum revera non fuisset; Sane hoc casu, si indebitum solvit fideiussor, id condicere poterit, quia iam facti alieni ignorantiam prætendit, vel si fideiussor iure liberatus pecuniam errore solverit, *l. si fideiussor* 59. *D. de condict. indeb. l. si fideiussor* 29. *D. mandati*. Atenim idem, an id quod petitur, debeatur, facta numeratione, iustam ignorantiam allegare non potest. Maneat igitur in suo facto, neminem errare facile aut excusari, in alieno excusari. Et hac ipsa ratione ex alieno facto conventus jusjurandum recusare potest, veluti *heres*, pocurator, curator, *l. jusjurandum* 34. §. *procurator* 3. *D. de iureiur. l.* 4. *in princ. de in lit. jur. l. Marcellus* 11. §. *penult. D. rerum amotar*. Paulus *lib.* 2. *sentent. tit.* 1. Hac ipsa de

causa litigator ipse non temere petit dilationem, heres facilius, *l. oratione 7. in fin. D. de feriis: l. ult. C. si pend. appell. mors interv.* Eodem pertinet species *legis ult. §. 1. D. de fideiussor. & hered. eorum.* 3. Sequitur Limitatio: nempe heredi *agenti* ignorantiam non opitulari. Cujus rei & differentiæ *Ratio* (quæ jam quarta est hujus legis sententia) subjicitur, quæ per se aperta est: quamque illustrat *lex 1. de edendo: lex ult. D. de feriis: lex pure 5. §. ult. D. de doli except. l. 2. C. si pendente appellatione, §. sed hæc quidem, Instit. de actionib.* Interim & hic exemplum habemus differentiæ inter actorem & reum, & quam hic favorabilior illo sit: de quo favore sunt & *lex superior 41. & l. 43. infr. prox. & l. 125. 156. §. 1.*

Variis autem speciebus aptari hæc lex potest; sed tamen in summam ad materiam *Contractuum* ea pertinet; ut docent fragmenta omnia ex eodem libro 9. Gaji desumpta: Aptari, inquam, potest *Deposito*. Finge, heredem depositi conventum? Sane depositi damnatus infamis non fiet, cum alias prope furtum sit depositi inficiatio, *l. 1. D. qui not. infam. l. 67. D. de furtis*. Ad hunc, inquam, speciem referri potest hæc lex, argum. *l. 14. D. depositi:* quæ ex eodem libro desumpta est. Cæteroquin eo ipso libro aliquammultis locis agitur de heredibus & fidejussoribus, ut docet *lex 27. D. de peculio*. Sed quid moramur? lex hæc proprie referenda est ad *pluris petitionis* periculum, & vice versa *pluris soluti*, id est, indebiti condictionem. Ut per tres sententias hujus legis decurramus: Finge primum, *Heredem* conventum indebitum solvisse? Justam ignorantiæ causam prætendere potest, & sic indebitum condicere: & hæc regula est. Finge secundo, *fidejussorem* plus solvisse, id est, ante diem forte? Condictionem indebiti non habebit, vel si etiam plus loco solverit, *l. 22. §. 1. l. 51. D. mandati: l. 31. D. de fidejussor.* & argum. *l. 1. 3. D. de eo quod certo loco:* quæ ex eodem libro Gaji sunt: & hæc secunda est hujus legis sententia. Tandem finge, heredem *plus petiisse?* Sane plus petitionis periculum incurret, *l. 1. §. 2. Cod. de plus petit.* si plus debito persecutus fuerit, puta si plus re, tempore, loco aut causa exegerit: Ultro agenti heredi non adeo succurritur, *l. 49. §. 2. D. de V. O.* Et hæc tertia est hujus legis sententia: qua hæc unica Limitatio seu Exceptio continetur.

Neque hic admittendæ sunt Interpretum exceptiones, quas hic cumulare solent: Non ea quæ desumitur ex *l. 12. D. de transact.* ubi dicitur, non esse ferendum, qui generaliter transegit, qua de his quæ sibi testamento relicta sunt, si postea ignorantiam prætendat, quasi ignoraverit sibi quædam legata in posteriori testamenti parte. Nam hæc species non est de herede: & justa ratione lex ea nititur, quia & generaliter transegerat legatarius de his quæ testamento relicta fuerant, cujus continentiam integram si legatarius ignorasse se dicat, jam facti sui ignorantiam obtendit, quæ non excusatur.

Non admitto etiam spec. *legis si servum 91. §. de illo 2. D. de V. O. §. si res legata 16. Instit. de legatis:* quia in specie illa factum ipsius heredis intercessit, quod ei in alterius jacturam, etsi ab ignorante admissum, torqueri non oportet: Finge, testator servum heredis legavit: heres cum nesciret eum legatum, eum manumisit, vel alteri donavit a quo manumissus est? Heres nequicquam ignorantia se tuebitur, sed servum præstare cogetur. Tandem cum hujus legis specie hæ & similes aliæ nil commune habent: nam in hujus legis specie fingendum est, conventum fuisse heredem, & conventum vel infi-
ciatum

ciatum debitum, vel ignorantem indebitum solvisse. Atenim quod postrema hujus legis sententia de herede agente, & sic de actore dicitur, justam ejus ignorantiam non esse, id quandoque fallere ostendit *lex* 177. §. 1. *inf.* puta, si ignoret causam cur non debeat petere: cujus exemplum ibi trademus. Sane fallit quoque, si causa sit probabilis, ut quia facti alieni ignarus est: E. g. si falso instrumento utatur: de quo vide Menoch. 2. *de arbitrar.* 315. *num.* 11. 12. *&c.*

Porrigenda contra est hæc lex ad quemcumque alium, qui in alterius locum succedit: ut sit par quoque ratio legatarii, par sit ratio emptoris: Nam & hi justam habent ignorantiæ causam, etsi de *herede* proprie hæc lex concepta sit.

EXCEPTIONUM & ACTIONUM *comparatio*.

XLIII. ULPIANUS *libro vicesimo octavo ad Edictum*.

NEMO ex his qui negant se debere, *prohibetur etiam alia defensione uti: nisi Lex impedit.* (1) *Quotiens* (2) *concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una* (3) *quis experiri debet.*

1 *impediat.* Haloand. 2 quotiens vero. 3 *una* tantum. Haloand.

EXCEPTIONUM & ACTIONUM differentia hac tota lege, quæ in duas regulas dividi non debuit (non magis quam *lex* 124. *&* 172. *inf.*) proponitur: ac proinde differentia inter ACTORES & REOS: de quorum reorum favore est hæc tertia jam e quinque continuo ferme ordine hoc titulo regula: fuerunt etiam duæ supra *l.* 41. *in princ. & l.* 42.: erunt infra, duæ, puta *lex* 125. *& l.* 156. §. 1. *inf.* Quarum omnium synopsin habes ad *d. l.* 41. Hæc proprie pertinet ad materiam rerum creditarum, ut præter eas leges quæ ex eodem libro quamplurimæ desumptæ sunt, docent insuper illa: *Nemo ex his qui negant se* DEBERE. Et speciatim quidem hanc regulam concinnavit Ulpianus in tractatu 1. commodati. *l.* 1. 3. 5: 7. *commodati*: 2. de actionibus quæ ex alieno gestu competunt, ut ex eodem *lib.* 28. ostendunt, *l.* 1. *de exercitor. l.* 1. 3. 5. 7. 9. 11. 13. 15. *de institor. l.* 183. 185. *de V. S.* 3. & de præscriptis verbis, *l.* 17. *de prescript. verb.* Quamquam & ulterius ea porrigitur ad omnes sive exceptiones sive actiones, non tantum rerum creditarum nomine. Ac nominatim est hæc lex de *concursu* plurium defensionum, id est exceptionum; & de concursu plurium actionum seu de concurrentibus actionibus (de quibus singularem olim Paulus librum scripserat, quod ostendit *lex* 34. *de O. & A. l.* 88. *D. de furtis:* Ad quem eundem tractatum pertinet præterea *lex* 130. *infr. hoc tit.* pluresque aliæ in Digestis, inter alias vel maxime *lex* 32. 34. 41. §. 1. 53. *penult. D. de O. & A. l.* 76. §. 8. *D. de legat.* 2. *l.* 1. *D. arbor. furtim cæsar. l.* 1. *D. de vi bon. raptor.*)

Quæstio est in hac lege: Utrum reus pluribus defensionibus, id est exceptionibus, *simul* uti possit; quo pertinet initium legis: vice versa, utrum actor pluribus actionibus una experiri possit: quo spectat altera sententia (quæ vulgo §. 1. *hac l.* notatur.) Sic ut cumulatio seu variatio in eodem judicio hac parte admittatur? Et vero differentia

ſeu diſcrimen hac parte ſtatuitur inter exceptiones & actiones, ſeu inter actorem & reum; nempe, hunc varias exceptiones cumulare, multiplicare poſſe, imo in eodem judicio variare ſeu varias proponere poſſe exceptiones: actorem vero una tantum actione eodem judicio experiri poſſe. Cui definitioni de pluribus exceptionibus conſentit & *lex is qui* 51. *l. nemo* 8. *D. de exception.* quas hic Gl. recte allegat, neminem videlicet prohiberi pluribus exceptionibus uti, quamvis ſint diverſæ. Quod exemplum ſeu ſpeciem attinet, finge: Conventus *nego me debere*: v. g. dico me juraſſe? Poſſum & aliis exceptionibus uti: veluti exceptione pacti conventi, compenſationis (de quo mox) pecuniæ ſolutæ, rei judicatæ, doli mali, *dict. leg.* 5. *D. de exception.* Sequuntur *Ampliationes* duæ: prior, quam ſuppeditat *dict. l.* 5. nempe, eum qui una exceptione uſus eſt, aliis *cum ea* defenſionibus uti poſſe, vel relicta ſcilicet ea vel omiſſa, aliis ſolis. Et ſic ſive cumulative ſive ſucceſſive. Altera ampliatio continetur in *d. l.* 8. neminem prohiberi pluribus exceptionibus uti, *quàmvis diverſa ſint*. Et tamen hodie *cautela* iſta vulgo utuntur Advocati, ut plures exceptiones disjunctive cumulent & ſubordinate, ſi forte exceptiones inter ſe in facto contrariæ & pugnantes *acuratoi quæ conſiſtere non poſſunt*, videantur, alioquin ſupervacanea hæc cautela eſt. Non eſt igitur reus coarctandus ad certum defenſionis genus, si plures ſuppetant; & ratio hæc adsignatur, quia ubi de liberando quæritur, faciliores ad liberationem eſſe debemus, *l. Arrianus* 48. *D. de obligat.* quæ jungenda eſt cum *d. l.* 8. *de exception.*

Unica hic, verum obſcura *exceptio* ſubjicitur, *Niſi lex impediat*: cui ſimilis occurrit & *l.* 136. *inf.* Hæc noſtra ex Interpretum ſententia plures ſpecies admittit, quotieſcunque videlicet aliquem alterius exceptionis præſidio leges ſubmovent; cujuſmodi ſane ſpecies apponunt ex *l. quotiens* 21. §. *Prætor. l.* 22. §. *ult. D. de noxal. action. l.* 1. §. 15. *D. ſi quadrupes: l. de ætate* 12. §. 3. *D. de interrog. l. ult. D. de R. V. l. cum de indebito* 25. *D. de probat. l. ult.* §. 1. *C. de compenſat. l. ult. C. de fideicommiſſis*: *&* §. *ult. Inſtit. de fideicom. heredit. l. ſi unus* 67. §. *ult. D. pro ſocio*, *l. ſed hoc ita* 22. §. 1. *D. de re judic. l. ſi dubitet* 10. §. 1. *D. de fidejuſſor. Nov. de triente & ſemiſſe* 18. *cap.* 8. *Auth. contra*, *C. de non numerat. pecun. & cap.* 10. *ejuſdem Nov. cum Auth. item poſſeſſor*, *C. qui potiores*: In quibus omnibus ſpeciebus alterius & ulterioris defenſionis auxilium reo denegatur, propter mendacium videlicet inficiantis, dominium rei forte vel titulum, vel factum ſuum, vel perſonæ conditionem. Ad poſtremam ſane ſpeciem proprie hanc regulam refert Harmenopulus, *lib.* 3. *tit.* 3. §. 88. puta ad *Nov.* 18. *cap.* 8. Verum cum Digeſtorum editio, ubi hæc lex poſita eſt, Novellam illam præceſſerit, ad eam referri minime poteſt. Neque aptius ii qui ad legem Lætoriam hæc verba referunt. Illud veriſimilius nonnullis, hanc exceptionem additam a Triboniano: Nam hoc emblema legibus Tribonianus ferme adſpergere ſolet, propter novas Juſtiniani conſtitutiones, veluti *in l.* 27. §. *ult. D. de minor.* propter *l. ult. C. qui & adverſus quos*: in *l. penult. C. de rebus credit.* propter *l. ult. C. eod. tit.* Quare putet quis hæc verba addita propter *d. l. ult. C. de compenſat.* quod ſuadere conjunctio *legis* 7. *D. de compenſat.* quæ ex eodem libro Ulpiani 28. ad Edictum eſt: ut ita ſenſus ſit, eum qui exceptione alia jam uſus eſt, veluti jurisjurandi, poſſe in eodem judicio compenſationem quoque objicere: *Niſi lex impediat compenſationis objectionem*, puta debiti non liquidi. Quod mihi non placet.

Et

Et hæc quidem de reo: ex diverso, *actor*, si plures actiones ejusdem rei nomine ei competant, si plures actiones concurrant, una tantum experiri potest: Quare neque plures uno judicio cumulare potest, neque in eodem judicio variare, quia certa esse debet agentis intentio: & altera contentus esse debet, unam eligere debet, unaque electa, altera tollitur: de quo est & *lex* 74. §. *variis* 8. *de legat.* 2. §. 5. *Instit. quod cum eo qui in al. pot. l.* 9. §. *eligere* 1. *de tributor. act. l.* 38. §. 1. *pro socio: l.* 3. §. *ult. nauta caup. Exceptio* hæc tantum addenda, si incertus sit actor, qua actione experiundum habeat, ut in specie *legis* 1. §. *quod autem* 4. *D. quod legator: Quemadmodum*, inquit, *solemus facere, quotiens incertum est, qua potius actio teneat; nam duas dictamus*, id est in libellum conjicimus: protestati, nos ex altera velle consequi quod nos contingit: Et hæc de cumulatione & variatione in eodem judicio. Jam enim alia quæstio est de actione successiva, de qua non est proprie hæc regula: verum *lex* 130. *inf.* & de quo ad eam legem plene. Sicut & aliena quæstio est ab hoc de concurrentibus actionibus, tractatus de eo, qui per errorem rem aliqua actione petiit, loco alterius veræ actionis: ut in specie *l. habebat* 13. *D. de institor. act.* (quæ alioquin ex eodem Ulpiani *libro* 28. ad Edictum desumpta, huic legi conjungenda est) *& l.* 4. §. *ult. D. quod cum eo qui in al. pot. l.* 1. §. *ult. quando de peculio actio annalis est*. Sicut & aliena quæstio est de reo, cui ante judicium restituendæ rei legibus facultas datur, ut sese graviori judicio imminenti subducat: ut in specie *l. item si cum* 14. §. 4. *quod metus causa: & l.* 1. §. 4. *D. de publicanis*. Denique aliena quæstio est, de concursu plurium actionum ex eodem facto *adversus diversas simul personas*: veluti adversus exercitorem & nautam: de quo est *lex licet* 6. *seu penult.* §. *ult. D. nautæ, caupones: l.* 1. §. 3. *D. furti adversus nautas*: Hæc enim regula nostra est de concursu plurium actionum adversus unum & eundem.

De Actionibus in HEREDEM, *de eo quod ad eum pervenit*.

XLIV. IDEM (*Ulpianus*) *libro vicesimo nono ad Edictum*.

TOTIENS in heredem damus, (1) de eo quod ad eum pervenit, quotiens ex (2) dolo defuncti convenitur, non quotiens ex suo.

(1) *actionem* additum in Haloan. quod hic subauditur. (2) *de dolo*. Haloand.

DE *Actionibus in heredem dandis* ex dolo defuncti in id quod ad eum pervenit, est hæc regula (cui alioquin in summam concordant quatuor præterea hujus tit. regulæ aliæ; puta *lex* 38. *supr. l.* 111. §. 1. *l.* 127. *& l.* 164. quarum omnium synopsin aliquam habes ad *dict. l.* 38. Nam de actionibus ex contractu sunt *lex* 152. *in fin. lex* 157. *in fin. infr. hoc tit.*) Et est hæc conjungenda cum *lege* 7. §. *ult. & l. quod in herede* 9. *in fin. D. de tributor. action.* ex qua posteriore hæc regula transcripta est: Quem casum *d. l.* 9. *in fin.* Azo & Accursius hic apponebant, etsi inscriptionis paritatis, & sic conjunctionis, nescii: Quamquam & jungi potest pari ratione cum *l.* 30. §. *ult. D. de peculio*. Pertinet igitur ea nominatim ad actionem tribu-

tributoriam & de *peculio* ex negotio gesto cum servo, quæ rei persecutoria est. Finge, ex contractu servi, dominum de peculio conventum dolo malo peculium imminuisse, vel mercem peculiarem intervertisse, vel dolo malo eam minus æquis portionibus divisisse, distribuisse? In dominum certe hujus postremi doli nomine competit actio tributoria, quæ persequi solet & ulcisci dolum perperam distribuentis. *d. l.* 7. §. *ult. l.* 8. & *d. l.* 9. §. 2. *D. de tribut. action.* Et hæc ita in domino ipso obtinent: sed quid fiet heredi domini? In eum actio dabitur in id quod ad eum ex dolo defuncti pervenit, *d. l.* 7. §. *ult. l.* 8. 9. *eod. tit.* Perpetua hæc scilicet juris regula est, pœnali defuncti nomine judicio seu ex delicto conventum heredem, non in solidum, verum in id tantum quod ad eum pervenerit, teneri; quam in rem uti dixi præter hanc legem, sunt hoc titulo tres præterea regulæ concordantes: *Pervenisse* autem quid & quando ad heredem ex dolo defuncti dicatur, definitur *d. l.* 127.

Sed finge rursum, ipsummet heredem dolo malo peculium vel peculiarem mercem intervertisse, imminuisse? Utique in solidum heres tenebitur: *Totiens*, inquit lex nostra, *in heredem damus* (*actionem* scilicet, seu *judicium*) *de eo quod ad eum pervenit, quotiens ex dolo defuncti convenitur, non quotiens ex* SUO. Quæ reg. latius evagatur, & per varios juris articulos permeat. Idem enim dicendum est & in causa depositi, *l. in deposito* 9. *D. depositi*: commodati, *l.* 17. §. 2. *D. commodati*, aliisque. Cætera ad *d. l.* 38. *supr.* ubi & *synopsin* habes hujus & concordantium hoc titulo regularum.

Res SUA, *num in contractum cadere possit.*

XLV. IDEM (*Ulpianus*) *libro trigesimo ad Edictum*.

*NEQUE pignus, neque depositum, neque precarium, neque emptio, neque locatio * rei suæ consistere potest.*

* i. conductio.

REm *suam* utrum quis pignori vel deposito aut precario aliquando accipere possit quæritur, utrum emere, utrum conducere? Id quod hac regula negatur. Quæ, ut ad contractuum materiam manifeste pertinet, ita nominatim ad contractum *pignoris* & *depositi* (de quibus etiam principe loco initio hujus legis agitur) referenda est: uti liquet ex *leg.* 35. *D. de dolo malo*, *leg.* 3. *D. de in lit. jur. leg.* 1. 5. 7. *D. depositi*, *leg.* 18. *D. de præscript. verb. leg.* 186. *de V. S.* quæ omnes de deposito tractant: uti rursum liquet ex *l.* 22. 34. *de pignorat. action.* quæ de pignoribus sunt. Et pro more tamen Jurisconsultorum ad alios contractus, eandem regulam transtulit Ulpianus, eamque generaliter extulit, nempe rei suæ, sive de re sua contractum nullatenus consistere posse: De pignore sane, id ipsum quoque definitur *l. debitor* 40. *in princ. D. de pignorat. action. l. penult. in fin. de except. rei jud.* sive ab initio res mea fuerit, sive postea factus fuerim rei pignoratæ dominus, quia neque hoc casu potest perseverare pignus. De deposito, *l. qui rem suam* 15. *depositi*. De precario (quod deposito vicinum hic & *l.* 23. *supr.*) *d. leg.*

leg. 15. *& leg.* 4. *D. de precario*, *leg.* 1. §. 11. *D. de itin. actuque priv. leg.* 40. §. *ult. de adquir. possess.* De emptione juxta hanc legem, *l.* 15. *in fin. & l.* 16. *de contrah. empt. d. l.* 40. *de pignor. action. l. cum res* 4. *C. eod.* De conducto (nam ut promiscue veteres in locatione & conductione appellationibus utebantur *l.* 20. *D. de action. empti*, ita hic *locatio* pro *conductione* dicitur) *d. l.* 15. *& d. l.* 40. *l.* 20. *C. de locat.* His adde & Commodatum, *d. l.* 15. *D. commodati*. Stipulationem, *l. nemo* 82. *de V. O.* Dotem, *l. cum in fundo* 78. *de jure dot.* Legatum, §. *sed si rem*, *Instit. de legatis*, & Usumfructum & Servitutem: nemini enim res sua servit, *l. uti frui* 5. *D. si usufr. per. l. in re* 25. *D. de serv. urb.* Eadem ratio condictionis, nemo enim rem suam, nisi furi condicere potest, *l. ult. in fin. usufr. quemadm. caus.* §. *sic itaque*, *Instit. de action.* Licet autem hæc regula nostra apertum sensum habeat, & apertam rationem, sic ut dubitandi ratione nonnullis carere videatur, non adeo tamen notæ sunt ejus consequentiæ: sed & contrariis, quæ contra hanc regulam moventur, respondendum est.

Ut de *consequentiis* seu *illationibus* primum agamus. Hinc sequitur, quæsito quoque postea dominio res ex illis causis constitutas evanescere, *l. penult. in fin. de except. rei jud. l.* 1. *quemadm. serv. amitt.* veluti pignus, &c. de quo jam antea. Hinc sequitur, ex his causis de re restituenda quem non obligari, *d. l.* 25. *depositi*: *& l.* 40. §. *ult. de adquir. possess.* Hinc rursum sequitur condictionem pretii soluti re sua empta competere: Hinc sequitur, cœptam usucapionem interpellari, si a possessore (quocunque tandem contractus genere) res ad dominum redierit, cum alias inter emptorem & venditorem, auctorem & successorem tempora usucapionum continuari receptum sit; *l* 29. *D. de pign. action. l.* 21. 33. §. *pen. D. de usucap. Instit. de usucap.* Nempe duo contraria in uno coire non possunt.

Est tamen & hæc regula suos intra coercenda limites, seu fines: Primum enim pertinet ea ad proprietatem, non vero ad commodum possessionis; ideo scilicet dixit Jurisconsultus, *Rei suæ*; id est proprietatis & dominii: Alioquin & possessionis rei suæ commodum conventione dominus recipere potest: Hinc & precarium possessionis, & conductum & usus rei suæ pignori datæ consistit, denique pignoris rei suæ possessio ad debitorem conventione transferri potest, & vero sæpe transferri solet *l. cum & fortis* 35. *D. de pignor. actione*, *l.* 4. §. *item si rem meam* 3. *l.* 6. §. *ult. D. de precario*, *l. si aliquam* 28. *D. de adquir. possess. l. si in emptione* 34. §. *rei sua* 4. *D. de contrah. empt.* Et sic huic necquicquam obstat, quod debitor rem a se pignoratam conducere possit: quia Res SUA hic ita accipienda est, in qua scilicet nullus alius jus aliquod habet. Atenim in pignore jus habet creditor, sic quidem ut ei securitatis gratia incumbat. Quare debitor id conducere potest, ut ita re uti possit, qua alioquin propter jus & detentationem crediroris uti non posset. Item rei suæ pignus, depositum, &c. consistit, si sub conditione in illum casum quo res sua futura non est, recipiat, nam neque res sua tum amplius est, *l. existimo* 96. *D. de V. O. l.* 61. *D. de contrah. empt.* Denique & res sua accessio quandoque esse potest alterius rei majoris & alienæ, & emere cum tota re etiam nostram partem possumus, ut in specie *legis quod si uno pretio* 13. *in fin. D. de in diem addict.* haud aliter atque res sacra rei profanæ accessio esse potest: Non equidem ut pretium ejus rei nomine debeatur, verum ut pars illa cum reliquis ambulet.

De

De Jure PUBLICO.

§. Privatorum, 1. Legis 45.

Privatorum conventio juri publico non derogat.

AD eosdem *Pignoris* & *Depositi* contractus pertinet, pariter ut superior, hæc regula, & planum habet ea sensum; ac maxime cum *l.* 27. *supr.* id ipsum inculcetur: Addatur & in eandem sententiam *l.* 38. *D. de pactis, l.* 5. *princ. D. de pact. dotal. l.* 1. §. 9. *D. de magistrat. convent. l.* 55. *de leg.* 1. *l.* 15. §. 1. *D. ad l. Falcid. l. ult. D. de suis & legitim.*

Species hujus §. pariter ut superioris regulæ, contractui Pignoris & Depositi aptanda venit: Pignoris, inquam, non tantum argum. principii *h. l.* verum etiam *legis* 22. 23. *D. de pignorat. action.* ac nominatim in pacto fiduciario species aptanda est, *argum. l.* 3. *D. de lege commissor.* quæ tres leges ex eodem libro desumptæ huic regulæ coaptandæ sunt: Scilicet conveniri non potest, ut creditor *fiduciam* pleno jure acquirat, sic ut ὑπεροχὴν, *excessum* id est superfluum pretii restituere non cogatur: cujus rei ratio non alia quam ab hac regula petenda est, *Privatorum*, scilicet, *conventione juri publico non derogari*. Nempe, publico jure publicaque ratione, odiosa visa est in pignoribus *lex commissoria*: apertam enim ea voracitatem creditorum seu fœneratorum continet: Imo, ex Constantiniana sanctione *l. ult. Cod. de pactiom. pign. & l.* 1. *Cod. Th. de l. commissor.* ne quidem conveniri potest (quod his Jurisconsultorum temporibus tamen poterat) ut creditor fiduciam citra denunciationem vendere possit. Vice versa quoque si inter creditorem & debitorem convenerit, ut fiduciam vendere non liceat, ex tali conventione actio nasci non potest, quare non solvente debitore creditor denuntiare ei solemniter potest & distrahere, Paulus 2. *sent.* 2. *tit. de leg. Commissor.* 13. §. 5.

Ponenda est quoque species in Deposito, *arg. l.* 1. §. 7. *&* 10. *in fin. D. depositi*, quæ ex eodem libro desumpta est: Scilicet conveniri non potest, ut ne depositarius doli teneatur: quod etiam *l.* 23. *supra* comprobatur.

De eo quod PŒNÆ *nomine exactum est.*

XLVI. GAJUS *libro decimo ad Edictum provinciale.*

QUOD a quoquo 1 *pœna nomine* 2. *exactum est, id eidem restituere nemo cogitur.*

1 *quoquam*. Hal. 2 jure.

PŒNAM, quam quis ob delictum suum aliquod solvit, utrum *idem ipse* sive ab eo cui soluta est, sive ab alio unquam recuperare possit, quæritur, Id, inquam, quæritur *de eo ipso*, in quo opes hujus regulæ sitæ sunt: ait enim lex *eidem*. Nimis enim generaliter Basilica hanc legem exprimunt, ποινη καταβληθεισα, ουκ αναλαμβανεται?

Et

Et abscise id hac regula negatur; quæ & ipsa pertinet ad contractus, & eos quidem ex quibus non equidem dominium rei in alium transfertur, verum usus tantum, ut est Locatum, Commodatum, vel Possessionis commodum, ut est Pignus: vel custodia, ut est Depositum: De his quippe contractibus omnibus aliisque egit Gajus hoc libro decimo ad Edictum provinciale: sic quidem etiam ut ex eodem libro *lex 6. D. locati. lex 49. de furtis*, huic sociandæ sint potissimum ut quæ ad hujus intellectum maxime conducunt.

Ut *speciem* hujus regulæ & sic vim ejus teneamus, præsupponendum prius est, in his quos dixi contractibus omnibus hanc regulam seu jus istud obtinere, ut qui rem hoc titulo tenet, si furto eam amittat, ejus nomine furti actionem nihilo secius atque rei dominus ipse habeat, pœnamque consequatur: quia furti actio ex æquo omnibus quorum interest ex honesta causa, competit, *l. 13. 87. D. de furtis*. Et in his creditor, si ea res quæ ipsi pignoris jure obligata est, furto ablata sit, *d. l. 49. de furtis*, quæ ex eodem, ut dixi, libro desumpta est. Nunc fingamus: Rem mihi tuam tu pignori dedisti, vel rem tuam commodasti, vel locasti? Utique, si eam furto tu ipse dominus rei mihi sustuleris, furti actione pœnam a te consequar; verum, die rei tibi a me restituendæ allapso num condemnationem saltem, seu pœnam a te exactam simul tibi restituere cogor? Minime: scilicet, quod a quoquo pœnæ nomine exactum est, id *eidem* restituere nemo cogitur. Quod præter hanc legem ostendunt præterea, *l. qui ob rem 35. de condict. indeb. l. si pignore 22. in princ. & §. 1. D. de pignorat. act.* Unde Accursius exemplum ad hanc legem primo loco apponebat; *l. 6. D. locati, l. 15. §. 1. l. 19. §. ult. l. 59. §. 5. l. si debitor 79. D. de furtis, l. 3. §. 14. D. de tabul. exhib. l. id quod 74. D. de solution.* (& has quoque allegat Gl.) unde exempla seu species plures desumi possunt. Denique perpetua est ista juris regula: Pœnas non solere repeti, cum depensæ sunt, seu pœnam, EIDEM restituere neminem cogi, *l. pœna 42. D. de condict. indeb.* quod etiam hac regula indicatur: NEMO, inquit, *cogitur eidem restituere*.

Et hæc quidem ita obtinent, si de *eodem*, id est de rei domino qui pœnam delicti sui dependit quæratur, de quo est hæc regula: *Eidem*, inquit, *restituere nemo cogitur.* Aliud enim quandoque fuerit, si quæratur, de pœna a Tertio aliquo ab his penes quos res aliena suo tempore domino restituenda, momento est exacta, tum enim quandoque nonnemo, pœnam ita exactam a tertio, rei domino *una* cum re restituere tenetur. Et vero quod hac regula definitur, id *κατ' ἀντιδιαστολὴν* hujus casus a Gajo propositum fuit: quod etiam discimus ex *l. 6. D. locati*, de qua mox. Finge tertium aliquem rem mihi ab alio pignoratam, vel locatam, vel commodatam, furto sustulisse, num pœnam eo nomine exactam ego lucrifaciam, an vero die restituendæ rei allapso, rei domino una cum re pœnam a tertio exactam restituere cogar? In hac quæstione distinguendum est, inter pignus & locatum commodatumque. In pignore equidem id certum est, pœnam videlicet a tertio exactam domino rei restitui oportere: idque etiam Papinianus fatebatur, *d. l. 22. in princ. & §. 1. D de pignor. act. & l. creditoris 15. D. de furtis*. At in conducto & commodato anxie dubitatum fuit, sic quidem etiam ut Papinianus ipse hic variaverit, & cum aliis crediderit, etiam hic pœnam rei domino restitui oportere; & quidem in commodato ideo: nempe quod satis esset, commodatarium habere usum gratuitum rei commodatæ, quam ut lucrum aliquod extrinsecum

inde captaret, quod occasione rei commodatæ obtingeret, ut indicatur *d. l. ult. §. penult. C. de furtis*. Verum obtinuit ea sententia, commodatarium & conductorem non cogi restituere domino pœnam a tertio exactam, ut Gajus hoc ipso libro *l. is qui rem 6. D. locati*, (quæ huic uti dixi ex eodem libro conjungenda est) tradit, & traditur præterea *l. ult. §. penult. C. de furtis*, ac nominatim in commodato, ex postrema Papiniani sententia, quam prætulit Justin. *d. l. ult. §. penult. C. de furt.* contra quam Græci *lib. 60. Basilic. tit. 6.* qui primam Papiniani amplexati sunt sententiam. Ratio differentiæ elegans & aperta est, non ea tantum quam Justinianus reddit *d. l. ult. §. penult.* quod ubi periculum sit, ibi & lucrum collocetur, verum quia *pignore* ad tempus subrepto, mox creditori restituto, ejus jam interesse desiit, utpote cujus securitati temporaria subreptione nil detractum fuerit: Atenim *commodato* & *conducto* semel intercepto, certum est medii semper temporis interusurium commodatario & conductori abesse, cui compensando pœnam exactam cedere par est. Diversa igitur admodum est creditoris ratio, & commodatarii, & aliter interest creditoris, aliter commodatarii ratione possessionis, quæ aliquandiu intercipitur. Hinc igitur jam liquet, verissimum & perpetuum esse, id quod a QUOQUO pœnæ nomine exactum est, id EIDEM restituere NEMINEM cogi, ut *h. l.* dicitur: Atenim, quod ab alio exactum est, nonneminem ALII restituere nos cogi: ad quam differentiam respexisse Gajum hac regula jam ostendi: veluti creditor pignoris sibi subrepti mox restituti pœnam a fure exactam rei domino eidemque debitori suo una cum pignore restituere cogitur: Eademque ratio est *possessoris hereditatis*: Is enim re hereditaria a se vendita, pretium cum pœna tardius soluti pretii restituere tenetur: *l. utrum 23. §. 1. D. de hereditatis petit.* ut & dupli pœnam ex lege Aquilia, *l. evicta 55. eod. tit.* itemque lucrum quod sensit ex lege commissoria, *l. 25. eod. tit.* lucrum enim ex eo quod propter hereditatem accepit facere non debet, seu locupletior fieri non debet *d. §. 1. & d. l. 55.* Aliud fuerit, si vi dejectus fuit: neque enim restituere pœnam ex eo commissam debet. Item aliud fuerit, si de pœna agatur, quam adversarius ei promisit & solvit, si ad judicium non venerit, *l. at ubi 24. D. eodem tit.* Ideo scilicet, quia eo nomine dominus actionem non haberet, *d. l. 24.* & hæc personam & injuriam possessoris non domini respiciunt.

Ex his omnibus jam patet, non proprie ad hanc regulam pertinere, quod quidam temere pro exemplo hic afferunt, quod ab eodem Gajo, iisdem ad Edictum provinciale libris, dicitur *in l. qui proprio 46. §. 5. D. de procuratoribus*, non debere procuratorem recuperare a domino contrario mandati judicio pœnam, quam ex suo delicto præstitit. Item non pertinere, quod interpretes afferunt, si quis mandato alicujus rem illicitam admiserit, pœnam a se præstitam a mandatore seu domino exigere non posse. In specie quippe hujus regulæ præsupponendum est, EUNDEM pœnam repetere qui delictum admisit, pœnamque ipse dependit.

De

De CONSILIO, *num ex eo obligatio nascatur*.

XLVII. ULPIANUS *libro trigesimo ad Edictum*.

CONSILII non fraudulenti nulla obligatio est: Cæterum, si dolus & calliditas intercessit, de dolo actio competit.

DE CONSILII, quod alteri scilicet in re aliqua datum fuit, natura vi & effectu est hæc regula, quæ ad tractatum seu contractum *Mandati* pertinet. Et quæritur in ea, num consilii istius nomine obligatio aliqua contrahatur; seu, num aliquo casu consiliator eventum consilii præstare teneatur, si forte consilium, quod alteri, bona fide, bono animo, dedit, male ceciderit: prout genus humanum caligine damnatum est, vel etiam plerasque res, beneque, ut videbatur, consulta DEUS pro εὐδοκίᾳ sua, seu beneplacito agitat versatque. Denique, num eadem consilii quæ mandati ratio sit? Id quod hac regula ab Ulpiano de consilio non fraudulento negatur: differentiamque adeo constituit inter mandatum & consilium: Id quod ipsum inculcatur etiam *l. 2. in fin. D. mandati, & §. 1. Instit. eod. tit. & aliis quinque legibus*. Ratio differentiæ isthæc est, nempe quod mandator negotii gerendi auctorem se præbet & periculum in se suscipit *l. 22. §. 2. D. mandati*. In consilio vero seu consiliatore nil tale: qui si fidem præstet, abunde est: contra, consilium spernere cuique licet, & (quo nil elegantius dici a nobis potest) consilium non est obligatorium, seu nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur: quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium, ut Cajus ait *d. l. 2. §. ult. D. mandati: & §. 1. Instit. eod.*

Species nunc apponamus: Prima hæc sit: Consului tibi ego amicus tuus, ut pecunias tuas potius in emptiones prædiorum collocares, quam fœnerares, vel ex diverso? Consilium hoc magis est, quam mandatum, & ob id non est obligatorium, *d. l. 2. §. ult. & d. §. 1.* Secunda species sumatur ex *l. idemque & in fundo 10. §. 7. eod. tit. D. mandati:* quæ ex Ulpiani *lib. 31.* ad Edictum desumpta dicitur. Jussi Procuratori meo, ut interventu seu consilio Sempronii, quod mihi promisit, negotia mea gereret; Procurator meus consilio ejus pecuniam male credidit? Non ideo Sempronius tenebitur: Nam qui affectionem amicalem promisit, in regendis procuratoribus consilio, mandati non tenetur. Tertia species sumi potest (& vero sumitur a P. Fabro hic) ex *l. 1. §. idem Pomponius 14. D. depositi*, (quæ ex eodem jam *lib. 30.* ad Edictum desumpta est; & cujus argumento defendi potest inscriptio hujus legis, adversus Antonium Augustinum, Contium, Labittum *pag. 96. & 116.* qui *libro 31.* eam reddebant, sic ut hæc prima sententia *libro 30.* congruat, posterior, *libro 31.*) Quarta peti potest ex *l. 7. §. ult. D. de dolo*. Eadem ratio *l. 2. D. de proxenet.* quæ & ipsa desumpta est ex *libro 31.* cujus hæc species est. Proxeneta (*un Couretier*) seu Pararius, μεσίτης, sculna (tot enim nominibus munus hoc exprimitur) intervenit faciendi nominis causa, & laudavit nomen, id est, renuntiavit fœneratori, posse eum tuto credere: Quæritur, num velut mandator teneatur? Quod ea lege negat JCtus; *Quia*, inquit, *hic monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi laudet nomen*. De qua alioquin quæstione plenius

agit Stracca Ancopolitanus, peculiari *libello de Proxenetis*. Et hæc omnia: si consilium non sit fraudulentum, alioquin (quæ limitatio & differentia hic additur & *d. l. 2.*) Si dolus & calliditas intercessit, de dolo actio competit: vide & *l. quod si cum scires, de dolo*: Cicero 16. *ad Atticum 7. Quid debet qui consilium dat præstare præter fidem?* Denique etsi consilium non fuerit prudens, certe si optima fide atque ab optimo animo proficiscatur, abunde est, ut idem Cicero ait: Ad praxin hujus regulæ vide quæstionem quam tractat Peleus, *quæst.* 145.

Hæc cum ita sint, liqueatque, pertinere hanc regulam ad Contractus & Negotia, simul liquet, non proprie ad hanc regulam pertinere tres tractatus Interpretum de tribus aliis *Consiliorum generibus*; puta 1. *de Consiliis* seu *Responsis JCtorum*, de quibus alioquin ad hanc legem prolixe agunt: Quanquam & ibi hujus regulæ æquitas militat. 2. item de consilio *Adsessorum*, de quo aliquammulta hic cumulant & opponunt, ubi sane *Adsessor* imperitiæ nomine, non doli tantum tenetur, *l. 2. D. quod quisque juris*: item jurisperitus, qui consilio suo judicem ad perperam pronunciandum permovit: *l. culpa, sup. hoc tit.* Abbas Panormit. *ad cap. tua, extra de homicidio*. Rom. *cons.* 278. 3. de consilio in *delictis*, de quo ad hanc legem anxie quærunt. Qui tractatus ab hac regula alieni sunt, utpote quæ ad contractus pertineat, & ad consilia quæ ibi dantur, ab amicis fere: quo alioquin pertinet *lex 11. D. de injur. l. 52. §. cum Titio, de furtis. l. 1. in pr. & §. persuadere, D. de servo corrupto*. Et nominatim furti actio ope--- consilio. Postremo, consilium de quo hac lege agitur, quoque κατ' ἐξῶ est, sedulo distinguendum est a consilio κατ' ἔσω: de quo est *lex 75. & 79. inf.*

§. Socii, 1. Legis 47.

Socii mei socius meus socius non est.

AD *societatis* contractum aperte pertinet hæc regula: quæ etiam totidem verbis repetita exstat in *l. nam socii 20. D. pro socio*: quæ inscriptum habet *librum 31.* ad Edictum: Quo argumento etiam colligi potest, hujus legis inscriptionem saltem quoad hanc sententiam vitiosam esse (quod etiam jam monuit Antonius Augustinus, *lib. 1. Emendat. cap. 7. pag.* 54. & Contius.) Et vero *dictæ legi* 20. præmittenda est *lex 19. eod.* ut species ei recte aptari possit. Societatem (*sagariam* forte) tu & ego contraximus; Tu vero solus cum tertio? Tibi tantum socius ille erit, qui eum admisisti: scilicet tertius, qui ab uno ex duobus sociis aut redemptoribus adscitus est, non ideo alteri socius fit. Et ideo adscitus, in socii sui socium nullam habet actionem, & retro socius socii in adscitum nullam habet: Quare, si alter qui non adscivit solverit, pro socio suo, adversus adscitum a socio suo, eo nomine experiri non potest: quam in rem memoratur quoque placitum Curiæ Parisiensis 2. *Junii* 1566. Et hæc quidem hujus regulæ species est. Sed trahi nihilominus potest hujus regulæ argumentum, seu dispositio, ad varias species alias. Ad eundem quippe modum in *l. 105. D. de V. S.* libertus liberti mei, libertinus meus non est. Ad eundem modum *l. 23. D. de adop.* fratris mei frater non illico frater meus est: Sed utilius trahitur ad vasallos, ut & ad colonos: Vasalli quippe mei vasallus, vasallus meus non est, nisi ejus fundi

fundi feudique causa quod in subfeudum accepit: Neque colonus coloni mei, colonus meus est. Quare si vasallus meus aut colonus in me quid admiserit, vel in canone præstando cessaverit, ad res subvasallorum vel subcolonorum venire, iisque manum injicere non potero, nisi ejusdem rei subvasalli sint & subcoloni. Quam quæstionem accurate tractant feudistæ, argumento adducto tum hujus regulæ, tum & *l.* 11. §. 5. *D. de pignorat. action.* Denique num trahi possit hæc regula ad debitoris debitores, vide Consilium *Surdi*.

PARS OCTAVA
EDICTALIUM REGULARUM,

Respondens libro XXIII. XXIV. XXV. XXVI. *&* XXVII. *Digestorum*.

DE
QUASI CONTRACTIBUS
EX NEXU PERSONARUM:

Id est,

DE NUPTIIS, ET DE TUTELIS,
DUÆ REGULÆ.

De IRACUNDIA, *& per eam factis dictisve*.

XLVIII. PAULUS *libro trigesimo quinto ad Edictum*.

QUIDQUID in calore iracundiæ vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit (1) *judicium animi fuisse: ideoque*, (2) *brevi reversa uxor, nec divortisse videtur*.

1. *apparuerit* Haloand. 2. per calorem misso repudio.

DE IRACUNDIA deque Factis Dictisve per IRACUNDIAM, quo iure ea censer haberique debeant, est hæc R. Quæritur, inquam, utrum per iracundiæ calorem (alius est enim calor licitationis *in l. licitatio* 9. *D. de pub. & vectig.*) facta dictave statim ideo rata haberi debeant, ac nominatim DIVORTIUM ita factum: Nam eo hanc regulam pertinere, tum extrema huius legis sententia, seu exempli ad regulam applicatio

tio oſtendit, tum repetitio eius totidem verbis *in l. 3. D. de divortiis* (quod etiam Gloſ. monuit) ubi & ſub finem, his verbis cumulatior ſeu auctior proponitur: *Ideoque per calorem miſſo repudio, brevi reverſa*, &c. quod hic ſupplendum eſt. In ſummam quoque concordat huic legi *lex 7. eod. tit. de divort, lex 33. D. de ritu nuptiar. l. 31. D. de jur. dot. l. 37. D. de pact. dotalib.*

Quæſtio igitur ad hanc ſpeciem pertinet: Utrum divulſum calore iracundiæ matrimonium, & ſopita mox deferveſcenteque ira inſtauratum, idem matrimonium cenſeri debeat? *Calore iracundia*: id eſt, inconſulto animi motu, θερμότητι, quomodo & Lucanus *lib. 7.*

═══ *iraque calore*
Signa petunt: non *animi judicio*, ut hac ipſa lege dicitur? Quod hac regula affirmatur, propoſita generali hac R. ſeu definitione. Quemadmodum, ſcilicet, multum intereſt inter calorem iracundiæ ſeu jurgium (ut vocat Papinianus *l. 31. D. de jur. dot. l. ſi liberis, D. de pact. dotalib.*) vel friguſculum, ſive fribuſculum (ut loquitur *lex 32. §. 12. D. de don. int. vir. & uxor.*) id eſt, frivolarium & inſtabile diſſidium, & verum divortium; quod non eſt niſi cum animo perpetuam conſtituendi diſſenſionem fit, *dicta l. 3. D. de divort.* Ita multum intereſt inter divortium quod diu ſtetit, & quod brevi poſtea revocatum eſt, ſeu non multo poſt, ut juxta hanc legem quoque ſcriptum extat *l. 33. D. de ritu nupt. l. 64. D. de donat. int. vir. & uxor.* Nempe, moroſarum uxorum quotidiana ferme repudia apud Romanos fuerunt, ut Seneca loquitur, ſic ut uxores paſſim exigerentur, ſeu expellerentur domo, mox & reciperentur. Ergo eadem ratio eſt conſtantis matrimonii & divulſi, ſed brevi inſtaurati ſeu integrati: Hac, videlicet, ratione, quod divortium de eorum negotiorum genere ſit, quæ animi judicio, ut *h. l.* dicitur (& *l. 189. inf.*) agenda ſunt, de quo *ad l. 76. infr.* ſeu, ut hac quoque lege dicitur, quæ perſeverantiam & judicium animi προνοίας requirunt; non ſubitaneum animi & impetus inconſulti calorem, βραχείας διανοίας.

Hinc jam ſequitur (quo ſpectat *uſus* hujus regulæ) repetito ita matrimonio, etiam dotis functionem, id eſt dotem, citra novam & expreſſam conventionem repetitam cenſeri, *l. 30. 31. D. de jur. dot. l. 19. D. ſoluto matrim.* quia redintegrato ita matrimonio, omnia in ſtatu priſtino manent, & brevi reverſa uxor nec divertiſſe videtur: cum alias, ut habet vetus regula apud Ulpianum *dict. l. 30. Dos quæ ſemel functa eſt, amplius fungi non poſſit.* Hinc ſequitur rurſum, donationem conſtante matrimonio factam, redintegrato poſtea matrimonio, etſi fribuſculum interceſſerit, mox quieverit, donatore moriente confirmari, ceu divortio nunquam irritatam; quæ alioquin vero divortio ceu pœnitentia donatoris tacita revocaretur, *l. cum hic ſtatus, §. ſi divortium, D. de donat. inter vir. & uxor.* Neque hinc abludit (ut hoc exemplum aliunde addam) quod traditur *l. 1. §. quæri poſſit, D. ad l. Turpill. l. 2. C. de abolition.* eum, qui calore quodam inconſulto ad accuſationem alterius proſiliit, abolitionem petere poſſe, & calumniæ pœna non teneri.

Ex his apparet, primo hanc definitionem (non attendi videlicet ea quæ fiunt aut dicuntur in calore iracundiæ) locum tantum obtinere (ut recte monuit Baldus) ubi rei alias licitæ opera datur: puta in divortio, voto: de quo eſt Gloſſa notabilis, *in cap. dudum, de converſis conjugatis*: Item in jurejurando ab irato inconſulte facto, de quo eſt

eſt Alexandri Imp. *lex* 2. *C. de reb. credit.* & ejuſdem Imp. *lex* 2. *Cod. ad leg. Jul. majeſt.* Nam e contra, non obtinet ea, ubi rei illicitæ opera datur, veluti in maleficiis, de quo videnda *lex* 5. *C. de injur. l.* 11. §. *ſciendum*, *D. de pœnis: l.* 16. §. 1. *D. eod. tit.* Quare per iracundiam admiſſa non excuſantur, *l.* 3. *C. de injuriis*. Quanquam clementiſſimi quique Imperatores in ſe etiam dicta jactataque per iracundiam & levitatem, imo & injuriam facile remiſere: de quo eſt *lex un. C. ſi quis Imp. maled.* Sed & per impetum doloris ſeu juſtum dolorem facta quandoque mitius puniuntur, *l.* 38. §. 8. *ad leg. Jul. de adulter.*

Rurſum liquet, hanc regulam obtinere in iis quæ revocari facile poſſunt, quæque pœnitentia non etiam pœna eluuntur, & quidem revocari poſſunt ſine præjudicio tertii; de quo videndum eſt *cap. ſi quis iratus* 2. *q.* 3.

Videndum ſupereſt, quantum illud tempus ſit quod Paulus hic *breve* vocat: & Marcellus; *Non multum tempus interpoſitum* in *d. l.* 33. *D. de ritu nupt. non multo poſt*: Non probanda eſt Hotomanni ſententia, qui trinoctium illud, quod uſurpandæ olim uxori præſtitutum erat, huc refert: Audiendus omnino Marcellus *d. l.* 33. & alii, quos refert Javolenus *l.* 64. *D. de donat. inter. vir. & uxor.* qui id ita explicant, ſi non longo tempore mulier vidua fuerit, id eſt, ſi inter moras ad alias nuptias non convolaverit, & dotem vir non reddiderit. Ergo, quamdiu hoc factum non eſt, ſi interim revertatur uxor, brevi reverſa cenſetur. Vox *brevi*, ut & *mox*, *cito*, *celeriter*, *εκ των προς τι* ſunt, & *εν πλατει* accipienda ſunt: ut *l. pen. de cond. trit.*

Ex hac tandem regula generale *αξιωμα* conficiatur, *Cito redintegrata, quæ per iracundiam diſſociata fuerunt, nec diſtracta unquam videri*. Cito autem vel brevi, prout res eſt: certe in ſp. *l.* 5. *C. Th. de domeſt.*, *& protectorib.* id eſt intra annum vel biennium.

De DOLO *alterius.*

XLIX. ULPIANUS *libro trigeſimo quinto ad Edictum.*

Alterius circumventio * *alii non præbet actionem.*

* Circumventio activo ſignificatu, id eſt, *dolus* admiſſus ab aliquo.

Ex *Dolo* alterius, alteri aliquando actio num quæri poſſit, quæritur? Et definitur, non dari actionem *αλλω περιγραφεντος*, *αλλος αγωγην ουκ εχει*, Baſilica vertunt. Et nominatim quidem id de tutoris dolo quæſitum hic fuiſſe, oſtendit argumentum ejus libri, unde hæc lex deſumpta eſt; quod utique ad *tutores* pertinet; & quidem ad tutorum adminiſtrationem, ut liquet ex cæteris legibus, quæ ex eodem Ulpiani libro 35. deſumptæ ſunt, puta ex *l.* 1. 3. 5. 7. *D. de admin. tutor. l.* 1. 3. 5. 7. *D. de rebus eor. qui ſub tut. l.* 7. 10. 13. *D. de tut. & rat. diſtrah. l.* 11. *D. quod falſo tutore*. Hoc quidem apertum & indicatum jam ab aliis fuit: ſic, ut etiam Accurſius hic de tutore exemplum attulerit, ſed nondum liquet, quonam quæſtio hujus legis pertineat.

Quæſtio igitur eo pertinet, utrum tutoris circumventio, id eſt dolus *a tutore* admiſſus (quo videlicet tutor tertium aliquem circumvenit) obtentu adminiſtrationis ſuæ & nego-

negotiorum pupillarium, aliquo casu actionem utilem pupillo quærere possit: an vero pupillus exceptione repelli queat? Id quod postremum hac l. asseritur: Generali hac regula adsumpta: cujus hic sensus est, non magis pupillo quam cuiquam alii alterius circumventionem, actionem præbere: Actionem, inquam, cum effectu scilicet seu utilem, quin & ipsa doli exceptione submoveri possit. Quod ipsum in terminis terminantibus de tutoris circumventione seu dolo deciditur in *l.* 15. *D. de dolo malo*: *l. apud Celsum* 4. §. *illa etiam* 23. & §. *si quis* 24. *in fin. D. de doli mali except.*, ex qua lege exemplum Glossa quoque advocavit. Ubi alioquin ratio dubitandi hæc affertur, quod per eas personas (tutorum scilicet) pupillis faveatur: verum aptanda hæc est decidendi ratio, quam & ibidem Jurisconsultus indicat his verbis: *Et ego puto utilius*: quæque abscisis hujus regulæ verbis quoque indicatur, *non præbet*. Nempe *utilitas*, id est æquitas, hujuscemodi compendia suspecta, quamlibet per legitimas personas seu tutores quæsita, etiam pupillis adimit: Tutor equidem quoad providentiam pupillarem domini loco haberi debet, *l.* 27. *D. de administr. tutor.* vice domini est, *l.* 157. *in princ. infra*; attamen eam demum diligentiam circa administrationem rerum pupillarium adhibere eum oportet, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide, more probo, adhibere solet, *l.* 33. *D. eod. tit. de administr. tutor.*

Neque frustra tamen hoc quæri potuit, quandoquidem parata semper actio videbatur circumvento adversus ipsummet tutorem, sic ut satius videretur, actionem in tutorem tribui quam pupillo competentem adimi. Sed ut dixi *utilitas* hanc futilitatem, id est subtilitatem submovet: Nemo scilicet ideo obligatur, quia recepturus est ab alio quod præstiterit, *l.* 171. *infr.* Quare verum est, quod Papinianus rotunde definiebat *l.* 3. *D. quando ex facto tut.* dolum tutorum puero neque nocere (de quo agitur *l.* 198. *infr.*) neque prodesse debere, quo spectat hæc lex.

Atque hæc est genuina hujus regulæ species, quam *Bulgarus* quoque e veteribus perspexit: Non ut recentioribus quoque quibusdam, etiam Cujacio post Placentinum, placuit, *circumventionis* vocem passivo significatu accipere, quasi id *h. l.* indicetur, circumvento altero, alteri actionem exinde non dari. Præsertim cum sint personæ quædam, quæ altero circumvento, circumventionis nomine agere possunt, ut pater, dominus, tutor: Similes alioquin species aliæ in servo, procuratore, socio, huic regulæ aptari possunt, ex *l. quod servus, in fin. D. de adquir. possess.* ex *d. l. apud Celsum* 4. §. *quæsitum est* 18. *de except. doli*: *l. quod autem ex facti*, *D. pro Socio*: *l.* 37. *D. de action. empti*: quæ exempla & hic ab Interpretibus apponuntur.

PARS

PARS NONA

REGULARUM EDICTALIUM,

DE

NOXALI FURTI ACTIONE.

De PROHIBERE *non valente*.

L. PAULUS *libro trigesimo nono ad Edictum*.

CULPA caret qui scit, sed prohibere non potest.

SCIENTIA, seu *Patientia* nuda, alieni delicti utrum quem culpæ adstringat quæritur? Et definitur, culpa carere seu crimine vacare, neque patientiam delicto adcommodasse suam videri posse, eum qui nudam habet delicti scientiam & conscientiam, nisi & prohibendi simul facultatem idem habuerit. Hæc scilicet scientia culpæ demum imputatur, quæ aut princeps delicti est, aut quacunque ratione approbatrix. Quam in rem e multis, & hæc duo loca apud exteros scriptores occurrunt. Seneca in Troade: *Qui non vetat peccare cum possit, jubet*. Salvianus lib. 7. *Cujus in manu est ut prohibeat, jubet agi si non prohibet*. Contra culpa caret, qui scit sed prohibere non potest; *non prohibere*, quocunque tandem justo impedimento intercedente, vel potestatis seu virium defectu. Hæc ut generalia, ita & apertissima sunt: quibus etiam alioquin in genere concordant in summam quatuor aliæ regulæ hoc titulo, puta *lex* 3. 40. *supr. lex* 110. §. 2. 189. *infr. hoc tit.* At non etiam *lex* 109. (ut ibi ostendam) quod tamen vulgus Interpretum censet.

Species tantum huic sua aptanda venit, in noxali judicio, argum. *l.* 9. *D. de noxalib. action.* quæ ex eodem Pauli libro 39. desumpta huic conjungenda est. Nempe is demum dominus ex delicto a servo vel familia admisso in solidum & singulorum servorum nomine tenetur, qui non scit tantum, sed & qui prohibere potuit: alioquin noxali tantum actione tenetur: quam decisionem sane suggerit *l.* 1. §. 1. *D. si famil. furt. fecisse*. *l.* 2. *l. in omnibus* 3. & *l. in delictis* 4. §. 2. & *d. l.* 9. *D. de noxal. action.* (unde etiam Gl. hic casum posuit) *l.* 45. *D. ad leg. Aquil. l.* 1. §. *occisorum*, *de Senatusc. Syllan.* Cætera ad leges concordantes.

Ex hac interim specie liquet, hanc regulam proprie ad delicta privata, seu noxas privatas pertinere. In atrocioribus enim criminibus, & quidem majestatis, & conjurationis, quid hac parte dicendum sit, & utrum nuda scientia crimini quem involvat, non

hujus est loci tractare: erit forte alibi commodior: quia & accuratione magna id tractandum est.



PARS DECIMA

REGULARUM EDICTALIUM

DE

BONORUM POSSESSIONIBUS.

CAPERE *quid proprie*.

LI. GAJUS *libro quintodecimo ad Edictum provinciale*.

Non videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere.

Tres Regulæ sequentes ad eundem tractatum pertinent, de Bonis seu successionibus in bonis libertorum. Hæ ut intelligantur, totidem præstruenda nobis sunt principia, singula videlicet singulis Regulis seu Legibus respondentia. Primum, liberto liberis non extantibus, patrono dimidiam bonorum liberti defuncti deberi; adeo ut patrono bonorum possessio contra tabulas liberti eo nomine competat, puta si dimidiam, quam dixi, non habeat, non capiat. *Secundo, imo si libertus dolo malo fecerit, quo minus eam patronus haberet, Faviana actione patronus in fraudem suam alienata revocare potest. Quod in parente manumissore non æque obtinet, ut idem Gajus eodem libro 15. scribit* l. 2. D. si a parente quis manum. *Tandem, ut alienata in fraudem suam patronus revocare potest, ita & donata.*

HAC Regula, quæ significationem tantum prima specie vocis *Capere* continere videatur, quæ revera tamen recte in Regularum censu stat, ut jam ostendimus ad concordantem huic *l.* 13. *supr.* quæritur, utrum quis id *capere* videatur, quod ei necesse est alii restituere. Id quod negatur: verbum enim hoc *capiendi* cum effectu accipiendum est: quod & ipsum definitur duabus præterea legibus huic concordantibus, puta *d. l.* 13. *supr.* & *l.* 71. *de V. S.* Ad quarum priorem jam concordantes alias cumulavimus.

Supersunt tria ad hanc legem, proprie spectantia. 1. Species videlicet ejus genuina. 2. Similium proinde legum eodem tendentium synopsis. 3. Conciliatio cum *l.* 140. *de V. S.* Quod speciem ejus attinet, pertinet ea ad *bona libertorum*: in hoc enim argumento Gajum lib. 15. ad Edictum provinciale versatum, docent complures aliæ leges ex eodem libro desumptæ; puta *lex* 5. & 7. *de bonis libert. l.* 22. *de vulgari substit. l.* 11. *D. de*

de auctor. tut. Hoc posito, præsuppositoque simul eo quod initio hujus partis Edictalis præmisimus, fingamus: Libertum patrono legatum reliquisse, sed eundem idem legatum alii restituere jussisse? Bonorum nihilominus possessio ei contra tabulas liberti dabitur: Non videtur scilicet patronus id habere, id capere, quod ei necesse est alii restituere: denique patronus dimidiam bonorum liberti revera habere, percipere debet, ut bonorum possessione excludatur. Et hæ quidem genuinæ species videntur *hujus l.* Variæ alioquin aliæ plures atque adeo effectus occurrunt, in quibus hujus reg. fides & veritas cernitur. Fingamus vice versa, extraneum heredem institutum a liberto, eundemque jussum patrono hereditatem restituere? Bonorum possessio patrono non competet, cum ipse effectu heres sit, neque extraneus id cepisse videatur, quod eum patrono necesse est restituere: hoc unico fundamento, quod in fideicommisso seu eo quod restituendum venit, subducta accipientis seu interpositi persona, capientis persona spectetur, *l. cum dotem* 57. *ad leg. Falcid.* indeque æstimetur. Et primo quidem quoad fideicommissi validitatem, oneraque, & interitum. 1. Hinc scilicet evenit, ut qui solidum ex lege Julia & Papia capere non possunt, ex asse heredes instituti, rogatique *restituere solidum*, adire hereditatem & restituere cogantur: cum nihil oneris vel honoris sit apud eos remansurum, *l. cogi poterit* 16. §. *hi qui solidum* 15. *D. ad Senatusc. Trebell.* 2. Hinc, si ei qui partem tantum ex eadem l. Julia & Papia capere potest, legatum sit, *ut alii restituat*, solidum capere potest, *l. cum ei* 42. *de legat.* 2. *& l. si fidei* 28. *D. de legat.* 3. Et hæc de incapace. Nunc de indigno. 3. Hinc, quod quis sibi adscripserit, si alii *restituere* a testatore jussus est, cum onere fideicommissi id apud heredem remanet, quamvis pro non scripto sit, *l. ult. de his quæ pro non script.* 4. Hinc si mulier marito fundum tradidit, *ut post mortem filio restitueretur*, & solo hac in re mariti ministerio usa est, donatio valet, filii respectu, *l. Sulpicius* 49. *D. de donat. inter vir. & uxor.* 5. Hinc cum maritus dotem alicui legaverit, *ut uxori restituatur*, non habet lex Falcidia locum: omissa quippe interpositi persona, capientis persona spectatur, *d. l. cum dotem* 57. *ad leg. Falcid.* 6. Hinc evenit, ut si mihi ususfr. legatus sit, eumque restituere Titio rogatus sim, nulla revertendi ad me ususfr. spe, fideicommissarius cavere cogitur, *l. si ususfr.* 9. *D. usufr. quemad. cav.* 7. Hinc si legatum usumfr. legatarius alii restituere rogatus est, ex fideicommissarii persona magis quam ex legatarii, perit ususfr. morte scilicet fideicommissarii & capitis diminutione, *l.* 4. *D. quib. mod. ususfr. amitt. l. si quis usumfr.* 29. *de usufr. legato.* Secundo, hinc efficitur retro, fiduciario nil nocere hoc alteri restituendi ministerium, & sic legatum vel fideicommissum alii administranti. 1. Hinc apud eos qui solidum capere non valent, si ex asse heredes instituti solidum restituere rogati sint, nihil oneris remanet: *dict. l.* 16. §. 15. *ad Trebell.* 2. Hinc, & si cui non solidum capienti amplius concessa lege portione relictum est *si heredi quid dedisset*, id quod implendæ conditionis gratia dedit, consequi potest ex causa legati, & sic tanto amplius capturus est, quasi non capiat id quod erogat: unde computatione facta non amplius lege concessæ portionis apud eum subsideat: *l. sed si* 62. §. 1. *D. de condit. & demonst.* 3. Hinc excusare sese tutor potest, qui legatum sibi restituere jussus est, *l.* 26. *de excusationib.* 4. Hinc pariter de inofficioso nihilominus agere potest, qui legatum alii administravit, *l.* 10. §. 1. *de inoff. test.* 5. Hinc si cui sub hac conditione fundus legatus est, *si centum heredi dedisset*, si tantum sit in pretio fundi quantum heredi dare

date jussus est, cogendus non est fideicommissum a se relictum præstare: quoniam nihil ex testamento videtur capere, qui tantum erogat quantum accipit, *l. civitatibus* 122. §. *ult. de leg.* 1. Similiter, quotiens cuidam amplius legatum est, quam ei capere licet, & *lex Falcidia* locum habet, prius Falcidiæ ratio habenda est: scilicet ut subducto eo quod lex Falcidia excepit, reliquum si non excedat statutam lege portionem debeatur: *l. quotiens* 67. *D. ad leg. Falcid.* Quæ species tamen non proprie huc pertinet. Tertio, sicut fiduciario hæc res non nocet, ita retro nec prodesse potest. Hinc scilicet si quis ex his personis, quibus contra tabulas bonorum possessione petita legata nihilominus præstantur, rogatus sit restituere extero quod sibi relictum est, legatum ei non præstatur, quia emolumentum ad eum non respicit, *l.* 3. §. 4. *de legatis præstandis*.

Ex his interim omnibus apparet, quam male nonnulli hanc sententiam de regularum numero expunctam velint, quæ tot speciebus aptari potest, ubi sane non de vi verbi agitur, verum de rei veritate. Nunc de *Antinomia*. Pugnare scilicet cum hac l. videatur *lex cepisse* 140. *de V. S.* ubi definitur, *cepisse quem intelligi*, *quamvis alii adquirat*: verum conciliatio in proclivi, ope inscriptionis illius legis: dicitur enim ea desumpta ex Pauli *lib. 6. ad leg. Jul. & Pap.* Est ea scilicet accipienda, non de restitutione seu de fideicommisso, verum de jure *adquisitionis* per *filiumf.* (cave dicas etiam servum, ut nonnulli temere: in hunc enim *capiendi* verbum non cadit, utpote cum ἀπρόσωπος sit, & ex sola domini persona χαρακτηρίζεται) De *filiofam.* inquam, est illa lex accipienda, cujus persona jure civili integra est, etsi patri adquirat. Quare, in l. Julia & Papia, qua modus *capiendi* ex testamento præstitutus fuit, legato relicto id spectandum modo est, num filius cui relictum quid est, capax sit, seu capiendi facultatem habeat: contra si ipse incapax sit, non ideo legatum subsistit quod alii adquirat, quia cepisse videtur semper filiusfam. quamvis patri adquirat: Quare fraus fieret legi Juliæ & Papiæ, si filiusfam. incapax, qui capiendi jus non habet, institueretur, etsi pater capax sit. Et hanc sane speciem illi legi 140. aptandam indicat quoque *lex* 29. *D. de liber. legat.* quæ & ipsa ex eodem Pauli lib. 6. ad leg. Jul. & Pap. desumpta, de Capaci & de Incapaci pariter agit. Est igitur hac parte differentia inter Restitutionis conditionem, seu fideicommissi præstationem, & inter Adquisitionem jure seu vinculo patriæ potestatis.

NON DEFENDERE *quis censeatur*.

LII. ULPIANUS *libro quadragesimo quarto ad Edictum*.

NON defendere * *videtur, non tantum qui latitat, sed & is qui præsens negat se defendere, aut non vult suscipere actionem.*

* Non videtur defendere. ita Haloand.

ET hæc lex de regularum numero vulgo expungitur, atque ideo inter naevos Triboniani ponitur. Perperam: est enim hæc regula non magis verbi significatio, quam ipsius REI brevis enunciatio. Definitur ergo ea, quis NON DEFENDERE videatur, nempe non is modo qui latitat, sed & qui præsens negat se defendere, aut non vult suscipere

ſcipere actionem. Species huic Regulæ aptanda venit in eodem argumento, in quo legis ſuperioris 51. & legis proxime ſequentis 53. nempe in materia ſucceſſionum in *bonis libertorum*, ut docet conjunctio *legis* 10. 12. *D. de bonis libert. l.* 1. 3. *D. ſi quid in fraudem patroni*, quæ ex eodem 44. libro Ulpiani ad Edictum deſumptæ, huic conjungendæ ſunt. Hoc in argumento, ut jam præmonuimus, notandum, ſi libertus dolo malo feciſſet, quominus dimidia bonorum ejus ad patronum perveniret quocunque alienationis genere, id Faviana actione revocari potuiſſe. Nunc finge: Libertus, non quidem de manu in manum alienavit, verum, cum ſe non defenderet dolo malo, per contumaciam condemnatus eſt, & ſic juſtiſſima cauſa prodita in bona ejus ex Edicto itum eſt? Sane ita quoque factum a liberto a patrono jure revocabitur: ita factum inquam, dum defenſionem legitimam defugit libertus: ſive latitet dolo malo (quod indubitatum magis, clariuſque notiuſque erat) ſive quamvis in præſenti conſtitutus actionem ſuſcipere noluit. Nempe ex æquo non defendit, ac proinde in fraudem hoc caſu alienat, qui conventus vel conveniendus latitat, & qui præſens actionem defugit: Quod poſtremum haud ita clarum erat. Quare non admittenda P. Fabri & ſequacium ſententia, exiſtimantium naturalem ordinem hic popoſciſſe ut diceretur: *Non defendere videtur, non tantum qui præſens negat ſe defendere, aut non vult ſuſcipere actionem, ſed & is qui latitat*: vel ſaltem converſo ordine ſcripturæ ita intelligendam ex ordine intellectus. Nam imo recte hæc regula concipitur, neque aliter concipi debuit: Latitatio quippe fraudationis ferme cauſa ſit, neque ulla juſta ſatis excuſatio eſt latitantis: atenim præſens, videri poſſit probabili quadam ex cauſa defenſionem detrectare, vel actionem non ſuſcipere. Ad hanc alioquin latitationis cauſam, & ob eam miſſionem in bonor. poſſeſſ. pertinet Edictum de poſſidendis & vendendis bonis debitoris ſeſe non defendentis, id quod refertur & explicatur *l.* 2. 3. 4. 5. 6. *l. Fulcinius* 7. *D. quib. ex cauſis in poſſeſſ. eatur*. Hoc diſcriminis intercedit, quod Edictum illud comparatum eſt ad plectendam contumaciam non defendentis: Regula noſtra, ad revocationem eorum, quæ ita amiſſa ſunt in favorem patronorum. Quare non erat, quod de *contumaciæ pœnis* hic Interpretes multa cumularent.

DATI *per* ERROREM, *&* DONATI *differentia*.

LIII. PAULUS *libro quadrageſimo ſecundo ad Edictum*.

CUJUS per errorem dati repetitio eſt, ejus conſulto dati donatio eſt.

INter datum per ERROREM, & CONSULTO datum differentia hæc regula continetur. Cujus ſane differentiæ uſus eſt in tribuenda vel deneganda indebiti condictione: nempe enim illud, per errorem, inquam, facti datum, repeti, condici poteſt: non iſtud: de quo ſunt tituli textuſque obvii: vide vel *l.* 15. *D. de condict. indeb.* In condictione, inquam, indebiti huic regulæ & differentiæ locus eſt: Non itidem in actione fraudatoria Faviana & Calviſiana. Nempe enim etſi vera ſit hæc differentia, attamen ibi non inconſulto tantum ſeu per errorem a liberto dati repetitio patrono competit, verum & conſulto dati. Eo enim tendit hujus regulæ tracta-

ctatus : nam , quod jam monuimus , pertinet hæc regula quoque ad *bona libertorum* & successiones in his patronis competentes : ac proinde ad revocationem eorum quæ in fraudem patroni facta sunt : uti liquet ex conjunctione legis 4. 9. *D. de bonis libert. l. 5. D. si quid in fraudem patr.* quæ ex eodem Pauli ad Edictum libro 42. desumptæ , huic conjungendæ sunt . Et vero in *dict. leg.* 5. aperte agitur , de donatione revocanda per Favianam actionem: pariter ut *leg.* 12. *eodem tit.* Ex his jam apparet , non debuisse Interpretes in tractatum de condictione indebiti ulterius hic sese diffundere , quam ut constaret ibi differentiæ isti locum esse , non hic.

TRANSMITTI *in alium quid possit*.

LIV. ULPIANUS *libro quadragesimo sexto ad Edictum*.

NEMO plus juris ad alium transferre potest , quam ipse haberet .

TRANSMITTI in alium quid juris possit , definit hac regula Ulpianus : cujus species pertinet ad BONORUM POSSESSIONEM *unde legitimi* (mox ut ostendam) pariter ut lex proxime sequens 55. eodem pertinet . *Ad alium* , ait lex , v. g. ad heredem : nemo scilicet plus juris in heredem transmittere potest , quam ipse habet vel haberet : & sic æquo jure heres cum defuncto est: De qua heredis cum defuncto *ισονομια ισοδυναμια* , æquo jure , sunt septem præterea hujus tituli regulæ: puta *l.* 59. 62. 120. 128. §. 1. 143. 156. §. 2. 160. §. *ult.* E quibus etiam dicta lex 120. iisdem pene verbis concepta est : *Nemo plus commodi heredi suo relinquit , quam ipse haberet .*

Harum vero omnium legum, quæ de defuncti & heredis *ισονομια* , æquo jure , agunt (inter quas hæc omnium prima est) Synopsis hæc esto . 1. In *genere* , heredis jus idem est quod defuncti , *l.* 160. §. 2. Ejusdem potestatis jurisque est heres, cujus fuit defunctus , *l.* 59. In universum jus succedit quod defunctus habuit, *l.* 62. 128. §. 1. 2. In *specie*. Nemo plus juris ad heredem transmittere potest, quam ipse haberet , *h. l.* 54. Nemo plus commodi heredi suo relinquit , quam ipse haberet , *l.* 120. Non debet heres melioris conditionis esse , quam auctor ejus , *l.* 175. §. 1. Quod ipsis qui contraxerunt obstat , & successoribus eorum obstabit , *l.* 143. Contra . Non nocere debet heredi quod defuncto non nocuit , *l.*156.§.2. 3. Et hæc omnia obtinent , non tantum in heredibus jure civili & directo , verum etiam in Prætoriis, & fideicommissariis , *l.* 128. §. 1. 4. *Fides* ususque seu *praxis* harum octo regularum istiusque æqualitatis cernitur, in jure Transmissionis ad heredes , *h. l.* 54. cui adde & *l.* 18: *supr.* In Tutelæ actione actionibusque soluto matrimonio competentibus *l.* 56. In hereditatis petitione , *l.* 62. In Restitutionibus in integrum , *l.* 120. In rei vindicatione & Publiciana , *l.* 128. §. 1. In rebus debitoris auctoritate Judicis possidendis , *l.* 143. In bonorum possessione , hac ipsa l. 54. In interdictis , *l.* 156. §. 2. In exceptionibus , *d. l.* 143. *&* 168. §. 2.

Hactenus synopsis octo regularum , quæ hoc titulo de defuncti & heredis *ισονομια* , oc-

occurrunt. Ad quem etiam tractatum reduci possunt quæ de jure singulari, deque privilegiis tractantur, utrum ea ad heredes transmittantur: de quo est *lex 68. & 196. infr.* De pœnalibus tandem judiciis, quomodo heredes ibi cum defuncto conveniant vel disconveniant, aliæ sunt regulæ. Nos ad hujus regulæ nostræ sententiam redeamus. Est igitur hæc regula proprie de æquo defuncti & heredis jure. Potest tamen & hæc regula produci seu porrigi ad alias quoque personas, quæ jus suum ex alterius velut auctoris persona derivant: non tantum, inquam, ad heredes legitinos vel scriptos, verum etiam ad emptores, legatarios, successores quoscunque juris vel dominii, qui in alterius locum succedunt, ut dicitur *d. l. 156. §. 2.* Dixi *juris* universalis scilicet vel *dominii* singularis; verum hæc seponimus uberius enarranda in synopsi ad *d.l.175.§.1.* Nos in specie hujus regulæ quæ ad heredes proprie spectat, inhæreamus. Est vero ea, ut jam quoque breviter perstrinxi, aptanda in bonorum possessione & successione *unde legitimi*: de ea quippe, ut & de bonorum possessione *unde cognati*, egit Ulpianus hoc *libro 46.* ad Edictum: ut apparet ex *l. quandiu 39. D. de adquir. heredit. l. 2. unde legitimi: l. 1. unde cognati: l. 2. de gradibus: l. si quis 5. de suis & legitimis: l. pronuntiatio 165. de V. S.* quæ velut ex eodem libro desumptæ huic sociandæ sunt. Præsupponendum porro est in eo argumento (quod certi juris est, & indubitati) ad heredem non transire jus bonorum possessionis, *l. 3. §. adquirere, D. de bonor. poss. l. emancipata 4. C. qui admitti ad bonor. possess. l. si is cui 7. D. ratam rem haberi, l. Pannonius Avitus 86. de adquir. hered.*

Nunc finge casum, ubi status alicujus in incerto est. Finge, inquam, patrem tuum ab hostibus captum: teque medio tempore decessisse patre adhuc vivo? Sane quia incertum est, utrum paterfamilias vel filiusfamilias decesseris, bonorum tuorum possessio legitimis heredibus tuis non defertur, neque ad heredem quidquam transmittes: sed si apud hostes pater decesserit, retro paterfamilias fuisse judicabere, fictione l. Corneliæ: & sic exinde bonorum tuorum possessio a legitimis heredibus tuis peti poterit: si reversus fuerit, heredem non habebis, *l. 2. §. si quis decesserit, D. unde legitimi.* Vel finge etiam, eodem casu retento: post mortem tuam, legitimos quoque heredes tuos decessisse, vivo adhuc patre apud hostes, vel morte ejus nondum comperta, atque ita nondum agnita bon. possessione ab intestato, nondum adita hereditate? Nihil illi transmittent ad heredem suum. Bonorum possessio non agnita, non transmittitur ad heredes. Nam & ipsi legitimi heredes hoc casu jus bon. possess. non haberent. Cæterum nemo plus juris ad alium transferre seu transmittere potest, quam ipse haberet, eo scilicet casu, ut hac l. dicitur. Et tamen his casibus tibi heredibusque tuis subvenietur decretali bonor. possess. tributa, *l. 1. §. 1. D. ad SCtum Tertull.* ut similiter subvenitur in sp. *l. 4. §. ult. D. de bon. poss. cont. tab. & l. ventre 84. D. de adqu. heredit.* ne nihil alioquin vel tui ad heredes tuos transmittant, vel illi ad suos *d. l. 1. §. 1.* ne nihil heredi suo relinquant *d. l. 84.*

Hæc cum ita sint, liquet una ferme litura expungenda esse, quæcunque ad hanc legem Interpretes commentantur. Neque enim id quæritur: An quælibet res, quæ in jure defuncti jam fuit, ad heredem transmitti possit. Rursum non quæritur: An eodem semper jure, & cum sua causa, res a defuncto in heredem transferatur. Multo minus quæritur: An res quandoque a non domino, officii ratione, vel juris interpretatione, vel tacita expressave domini voluntate in alium transferri possit; quamquam

quam neque illud proprie transferre est: Et in genere non quæritur quis & quid alienare posſit, verum quid juris TRANSFERRI tranſmitti ad alium poſsit. Quare apagesis mihi jam novem fallentias, quæ ab Accurſio ad hanc regulam cumulantur: quæ ad hanc regulam ſeu ejus ſpeciem minime pertinent.

JURE *ſuo qui utitur, nil dolo facit.*

LV. GAJUS *libro ſecundo de Teſtamentis, ad Edictum Urbicum.*

NULLUS videtur dolo facere, qui ſuo jure utitur.

HÆC lex ut ex *lib.* 2. Gaji de Teſtamentis deſumpta eſt, ita ſpeciatim pertinet ad Edictum, *Si quis omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato vel alio modo poſſideat hereditatem*, ut oſtendit collatio *legis* 15. 16. 18. *D. eod. tit.* quæ ex eodem Gaji libro deſumptæ huic coaſſandæ ſunt. Id ut intelligatur, ſciendum eſt, Prætorem edicto illo calliditati heredum ſcriptorum occurrere voluiſſe, qui videlicet cauſam ſive titulum ſucceſsionis teſtamentariæ, ideo ſæpe dolo malo omittebant, ut poſſeſſa ab inteſtato hereditate legata ruerent: Ruente nempe inſtitutione & cætera olim ruebant. Et æquiſsima tamen exceptione hoc edictum temperavit Prætor, puta in eos heredes actionem non datum iri, qui cauſam teſtamentariam *ſuo jure* omiſiſſent, & citra dolum malum. Id quod innumeris exemplis eo ipſo titulo comprobatur, *in l.* 1. §.5. *l.* 5. *l.* 6. *in princ.* §. 1. 2. 3. 4. 8. *l.* 17. 19. 22. 26. §. 1. *l.* 27. §. 1. Ac nominatim, ſi quæ cauſa interceſsit quæ Edictum non offendit, ſi ſcriptus heres ex voluntate teſtatoris vel tacita vel expreſſa, arbitrium legitimæ vel teſtamentariæ ſucceſsionis eligendi habuerit, hujuſque rei teſtator author fuerit, nulla colluſionis ſuſpicione, id ei impune cedet: hac generali regula quæ hic proponitur: *Nullum videri dolo facere qui ſuo jure utitur*. Et alioquin huic regulæ tres aliæ præterea hujus tit. leges in ſummam concordant, puta *lex nihil dolo* 129. *in princ. l. nemo damnum* 151. *l. factum* 155. §. 1. *inf. hoc tit.* Accedat & *lex injuriarum*, §. 1. *D. de injuriis*. Aptatur vero & hujus regulæ æquitas & ad alias ſpecies, veluti juri ædificandi in ſuo, venas aquæ in vicini fundum manantes incidendi, ut in ſpec. *l. ſi finita*, §. *notandum*: *l. fluminum publicorum* 24. §. 12. *D. de damno infecto*, *l.* 1. §. 11. *l.* 25. *D. de aqua pluvia arcenda*. Aptatur & contractibus, ut in ſpecie *legis ſi marito*, *D. pro ſocio*. Legatis, ut in *l.* 53. §. *ſi heres*, *D. de legat.* 1. juncta *l.* 96. *de V. O.* Tandem & interdictis, veluti interdicto de liberis exhibendis, ut in *l.* 1. §. 5. & §. *ult. l.* 3. *D. eodem tit.* de libero homine exhibendo, *l.* 3. §. 2. *D. de homine libero exhib.* ne quid in loco publico, quo pertinet *d. lex* 151. *inf.* unde vi, quo ſpectat *dicta lex* 155. §. 1. *inf.* Aptatur & in rei vindicatione in ſpec. *dictæ legis* 129. *in princ.* Quibus omnibus hæc unica regula ſubſternitur: *Nullum videri dolo facere, qui ſuo jure utitur.*

Ni tamen, quæ exceptio addenda eſt, nocendi tantum animo jure ſuo quis utatur, neque enim malitiis hominum indulgendum eſſe: de quo eſt elegans textus in *l.* 38. *D. de R. V.*

PARS

PARS UNDECIMA

EDICTALIUM REGULARUM

DE

LEGATIS.

BENIGNIORA *in dubiis præferenda*.

LVI. (1) IDEM (*Gajus*) *libro tertio de Legatis, ad Edictum Urbicum*.

SEMPER in dubiis Benigniora (2) *præferenda sunt*.

1 Haec lex in Haloand. edit. ante *l.* 55. posita est. 2 Pro benigniora.

QUemadmodum ad Tractatum de *Legatis* pertinet hæc edictalis Gaji regula, pariter ut lex prox. ejusdem Gaji (quod de hac vel ipsa legis inscriptio prodit) ita ad interpretationem dubiorum legatorum pertinet. *In dubiis*, inquit lex: Est scilicet ea de dubii & obscuri interpretatione: de quo sunt septemdecim præterea regulæ hujus tituli, quarum omnium synopsin habes ad *leg.* 9. *supr.* una cum omnibus λυσεσι της απορίας. Ergo & hac regula id quæritur, quid in dubiis faciendum sit? Et definitur, semper in dubiis benigniora præferenda esse: quod & ipsum tribus aliis regulis hoc tit. concordantibus, puta *l.* 155. §. 2. *l.* 168. *in princ.* 192. §. 1. inculcatur. Ait lex, *semper*, id est, ut in aliis juris articulis & speciebus (quas suppeditat *lex* 2. 3. *de his quæ in testam. l.* 14. *C. de fideicomm. libert. l.* 5. *C. de bon. quæ liberis*: & tres illæ præterea hujus tit. regg.) ita nominatim in argumento legatorum: quo pariter pertinet *d. lex* 9. *sup.* 73. §. 3. *l.* 192. §. 1 *infra*: *Legatorum*, inquam, dubiorum in sp. hujus legis, non quidem ob obscuritatem voluntatis (etsi & ibi quoque eadem benignitatis ratio valeat) vel etiam ob ambiguitatem sermonis, vel quia perperam quid in testamento scriptum est; de quo est *lex cum in testamento* 24. *D. de rebus dub.* quam Accurs. ad hanc R. affert.

Verum propter ambiguitatem seu obscuritatem *facti & eventus*, ut quia in obscuro est, quid & quo ordine evenerit, aut extiterit conditio, ut legato locus esse possit. Egit scilicet Gajus hoc libro de variis legatorum *vitiis*, puta de legatis, quæ incapacibus relicta sunt, quo pertinet *lex* 11. *D. de donat. l.* 73. *D. de legat.* 1. *l.* 8. *D. de usu legato*: item de Falcidia, quæ & ipsa inter legatorum vitia est: [illegible] spectat *lex* 72. 74. 76. 78. 80. *D. ad leg. Falc.* Denique hoc libro egit de legatis dub[illegible], & quidem ob incertum eventus seu conditionis. Et sane hæc ipsa regula usurpatu[illegible] ab Ulpiano in spec.

legis si fuerit 10. §. 1. *D. de rebus dub.* Finge, relictum esse legatum vel libertatem ancillæ: *Si primum marem pepererit;* eamque uno utero marem & fœminam edidisse, sic ut incertum sit, utrum marem an fœminam prius ediderit? *In ambiguis*, inquit JCtus, *rebus humaniorem sententiam sequi oportere:* quasi priore masculo per præsumptionem edito: de quo vide etiam quæ dixi fine *l.* 20. *sup.* & de hac præsumptione plene Menochium 6. *præsumpt.* 53. Ergo in hac facti eventusque obscuritate libertatis favore sumitur præsumptio, quasi masculus primus in lucem venerit. Fingi potest & species in commorientibus, seu pariter seu simul ubi sæpe obscurum est qui prior decesserit: de quo agitur *l.* 8. 9. 16. 17. 18. 23. *D. de rebus dub.* In quarum penultima pariter dicitur: *humanius esse credere, filium diutius vixisse.*

Hæc cum ita sint, apparet falli Interpretes, qui de obscura testatoris voluntate hanc regulam acceperunt, & sic cum *l.* 9. eam commiscuerunt, cum hæc nostra sit de obscuro eventus. Rursum falluntur Interpretes, qui de æquitate stricto juri præferenda hanc regulam intellexerunt. Item hinc liquet, *benignius* in hac regula ita accipiendum, puta ut actus seu legatum potius valeat quam ut ruat. Aliæ quippe sunt benignitatis species ab hac diversæ, de quibus *d. l. 9. sup. hoc tit. l.* 17. *de leg.* 1. *l.* 10. *D. de rebus dub.* Tandem, est hæc lex de his juris quæstionibus, quæ extra testamentum incurrunt: In quibus huic nostræ geminam conformem regulam tradit idem Gajus *lib.* 1. de testamentis ad edictum Prætoris, in *l. in his* 16. *D. de condit. & demonst.* Verba ejus hæc sunt: *In his quæ extra testamentum incurrerent, posse res ex bono & æquo interpretationem capere.* Nempe & hujus regulæ species pertinet ad eam quæstionem, quæ extra testamentum incurrit.

BIS *idem non exigendum.*

LVII. IDEM (*Gajus*) *libro octavodecimo ad Edictum provinciale.*

BONA fides non patitur, ut bis idem exigatur.

ET hæc quoque *lex* 57. pariter ut superior ejusdem Gaji ad materiam *legatorum* pertinet: Nam *libro* 18. ad Edictum Gajum de *Legatis* egisse evincunt omnia quæ supersunt ex eo libro fragmenta, puta *lex* 18. 22. *de condit. instit. l.* 66. 68. 70. *de leg.* 1. *l.* 2. 4. *de pecul. legat. l.* 73. 77. 79. 81. *ad leg. Falcid.* ita quidem ut de vitiis legatorum pariter eo libro egerit. Regula hæc est: *Bonam fidem non pati, ut bis idem exigatur. Bona fides* est æquitas. Hujus porro regulæ vis cum varia negotia permeet, locumque habeat nominatim in omnibus contractibus, & quasi: multæque species ab Interpretibus afferri soleant ex *l.* 18. *de V. O. l.* 3. §. *pen. D. de tab. exhib.* unde speciem ponit hic Gl. *l.* 51. §. 1. *de re judic. l.* 26. *de pecul. l.* 21. *de heredit. vendit. l.* 4. §. 11. *de doli exceptione*, *l.* 10. §. 1. *de pactis*: *l.* 1. *C. de re jud.*: imo & ex *l.* 43. *sup. hoc tit.* Veram tamen speciem nondum apposuerunt. Maxime probabilis hactenus ea visa, quam Rævardus apponebat ex *dict. l.* 79. *ad leg. Falcidiam*, hoc sensu: In duplicibus tabulis, id est, in quibus substitutio pupillaris facta est, non nisi unicam Falcidiam detrahi posse: Quod cum verissimum sit & vulgatum, ut docet *lex* 11. §. 5. *ad legem Fal-*

Falcid. Ita non inepte hæc regula pro ratione substernatur: *Bonam fidem non pati ut bis idem exigatur*, ac proinde unica Falcidia detrahenda. Malim tamen ipse speciem apponere ex *l. 34. §. 1. & seqq. D. de legat. 1. l. 66. D. de legat. 2. §. 6. Instit. de legat.* Fingamus, eodem testamento eandem rem mihi sæpius legatam? Amplius quam semel petere eam non potero, sufficietque vel rem consequi, vel rei æstimationem: puta si certum aliquod corpus legatum fuerit: hoc scilicet IDEM hac regula dicitur. Alioquin si quantitas eadem in eodem testamento sæpius legata fuerit, tunc sæpius eadem summa exigetur, neque enim tunc idem est. Quinimo fingamus duorum testamentis eandem rem mihi legatam? bis eam petere potero, nam ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem. Quare quod hac regula dicitur: *bis idem exigi non posse*, id ad unum idemque testamentum pertinet, non ad plura: Rursum pertinet ad idem seu eandem rem corpore, non quantitate: *Idem* scilicet non est, nisi per idem, nisi ad idem.

Et vero id quoque ipsum videre est in sp. *d. l. 3. §. 15. D. de tabulis exhib.* quam Gloss. hic allegat, ubi JCtus Ulpian. *Inde quæritur, si hinc* (ex hoc interdicto, ob tabulas non exhibitas) *consecutus æstimationem legatarius, postea legatum petat, an sit audiendus? Et putem, si heres* IDEM *præstitit, exceptione doli repellendum: si* ALIUS, *repelli non oportere. Et ideo & si heres sit qui interdicto usus æstimationem consecutus est, eadem est* DISTINCTIO.

Atque hic quoque finis esto Regularum EDICTALIUM mediarum.



TERTIA REGULARUM

Collectio, seu Systema.

E DISPUTATIONUM ET OPINIONUM

ULPIANI LIBRIS Regulæ desumptæ quatuor, totidem legibus comprehensæ, puta *lege* 58. 59. 60. 61.

EX *Ulpiani* Disputationum *libris decem*, *quatuor tantum Regulæ sequentes hoc tit. occurrunt:* Disputationum, *inquam*, *seu disceptationum publicarum*: *nam ita eas indigetat* lex Divo Marco 11. C. de quæstio. *Scilicet Ulpianus libris illis Disputationum, quæstiones, seu ut ipse loqui amabat*, visiones, *cum maxime arduas publice tractatas, neque dum satis definitas, in utramque partem prolixe disputando tractare, tandemque proposita aliqua distinctione definire instituit; ut colligere est ex innumeris fragmentis per Pandectas exinde desumptis. Similes quoque Disputationum libros olim scripsere Venulejus Saturninus & Claudius Tryphoninus*. *Ex Ulpiani quoque* Opinionum *libris unica postea Regula subjicitur:* Opinionum, *inquam*, *id est sententiar. & regularum: sic enim Papinianus in* l. vulgo 2. de usuris, *quod initio* vulgo receptum esse *dixerat*, *statim* opinionem *vocat*. *Eodemque sensu* opinionis *vox ab eodem usurpatur* l. in ratione 11. §. 3. in fin. ad leg. Falcid. *Inanis enim est hac parte observatio & distinctio Theophili*, *inter* sententias *JCtorum*, *&* opiniones: *Quandoquidem & hæ ipsæ sententiæ sunt, modestiore tantum vocabulo velatæ.*

De

De actione de PECULIO *in patrem.*

LVIII. ULPIANUS *libro secundo Disputationum.*

Ex pœnalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari.



PRIMA hæc e Disputationum Ulpiani libris Regula pertinet ad actionem de *Peculio* filiifamil. ut vel ex ea ipsa satis apparet: sed & prætereа ex aliquammultis ejusdem libri fragmentis, in quibus aperte agitur de actionibus & negotio gesto cum eo, qui in aliena potestate est, ac nominatim de actione de peculio: puta, *l. 7. D. de tutelis*: *l. 6. D. quod cum eo qui in al. pot. l. 32. 36. D. de peculio*: *l. 15. D. de in rem verso*. Ut hæc regula intelligatur, duo præsupponenda sunt: Primo, sæpe patres pusillam quandam pecuniam filiisfamil. suis olim apud Romanos concessisse (quomodo & domini servis suis) ut in ejus pecuniæ seu peculii administratione, conversatione, industriam suam exercerent: id quod peculium dicebatur, toto *tit. de peculio*: ac nominatim *l. 5. §. 3. D. d peculio*: Secundo notandum, peculio ita a patre concesso, patrem ex acta filii obligatum de peculio, seu peculio tenus, id est quatenus in peculio filiifamil. esset, *§. actiones, Instit. de action. toto tit. D. & C. quod cum eo qui in al. pot. & tit. de peculio*. Eatenus scilicet in patrem actio dari solita ex actu filii, pro modo scilicet peculii: cum alias pater pro filio nullo modo teneretur, etiam ex contractu filii, *l. 1. C. ne filius pro patre*. His ita positis necessario, etsi ea vulgo nota sint, nunc de hujus regulæ sententia. Quæritur in ea, an ex pœnalibus quoque causis in patrem de peculio, seu quatenus in peculio filii est, actio detur? *Ex pœnalibus causis*, id est ex delicto, ubi pœna irroganda venit? Id quod abscisse negatur hac regula: NON SOLET, inquit. Indicatur proinde ea differentia inter causas negotiales sive negotium gestum a filiofamil. & inter causas pœnales: nempe, quod ex illis in patrem de peculio actio dari soleat, *d. l. 36. D. de peculio, & d. l. 7. D. de tutelis*, quæ huic inter alias conjungendæ sunt: & quidem ex omni contractu vel quasi, *l. 49. D. de obligat. & action. l. 49. in princ. D. de V. O.* ex his vero non soleat.

Ratio istius differentiæ non alia est, non aliunde petenda, quam ab expressa tacitave patris peculium concedentis destinatione seu voluntate. Nempe, in id peculium a patre dabatur filiofamil. uti rem faceret, uti in conversatione seu commercio suam, quod dixi, industriam exerceret; non uti rem disperderet: sive donatione (in generati quippe peculii administratione peculii non venit donatio, *leg. 7. D. de donat. l. contra juris, D. de pactis*) sive actu aliquo illicito, puta delicto: maleficio, inquam, vel quasi: nam & alias concessa administratione delictum aut illicitum quid concessum non videtur, ut notant Doctores ad *l. 6. §. pen. D. de cond. ind.* Neque pater filio in illicitis consensisse videtur: facit *lex 46. D. de peculio*: & *arg. l. si procurator, in princip. D. de condict. indeb.* Et hæc quidem ita, ut certissimæ regulæ

regulæ vicem obtineant: æquitate dictante, ut hoc ipso libro 2. Disput. Ulpianus loquitur, in alio casu *d. l. 32. in fin. princ. D. de peculio*. Id quod hac ipsa l. indicare voluit hac formula NON SOLET: quæ & in aliis pluribus regulis occurrit: veluti *l. 19. §. 1. supr. l. 86. infr.* non ut indicetur, pati hanc regulam aliquas exceptiones, verum contra, & ut ejus æquitas inculcetur.

Et dantur tamen casus singulares, in quibus ex pœnalibus causis in patrem actio datur. Primo quidem, quatenus malis artibus peculium auctum est, & unctius factum: & sic in quantum pater factus est locupletior: seu peculium auctius & unctius, id enim peculii causam non adprehendit, *l. 1. §. si quis, l. 16. D. de vi & vi armata: d. l. 30. D. de actione empti: l. 3. §. penult. D. de peculio: l. 3. §. ult. l. contra nurum 6. §. item cum 2. D. rerum amotar. l. 24. in fin. D. de adquir. possess. l. 11. C. quod cum eo qui in al. pot. l. pen. D. de cond. furt. l. ult. C. rerum amotar.* Et, sic non tam de peculio quam in peculium. Et ratio est, quia hoc casu non vindicta quæritur, quæ non potest porrigi ad patrem non delinquentem, sed commodum peculii ponderatur, *arg. l. non solum 6. in fin. D. de restit. in integr.* Secundo, de peculio licet juste quæsito pater quandoque tenetur ex pœnalibus causis: puta, si filius Magistratus creatus fuerit, isque non curaverit caveri pupillo rem salvam fore: nam & hoc casu pater de peculio tenetur, *d. l. 3. §. ult. D. de peculio*. Id quod pupillorum favore inductum est; sed tamen peculio tenus semper. Nam, quæ tertia exceptio notanda est, quod publicam utilitatem attinet, si filius voluntate patris decurio factus fuerit, pater in solidum pro filio obstrictus est quasi fidejussor: Remque publicam salvam fore obstrictus, *dict. l. 3. §. ult. & l. quotiens 7. D. ad municipalem* (quæ ex Ulpiani lib. 1. Disputat. desumpta est) & *l. 7. D de administ. tutor.* Addatur & hæc exceptio, patrem quoque de peculio teneri ex pœnalibus causis, si videlicet peculiatus adhuc filius condemnatus fuerit: nam & judicio contrahitur, ut proinde hoc casu non origo judicii spectanda sit, verum ipsa judicati velut obligatio, *d. l. 3. §. 11. D. de peculio: l. 57. de judiciis: l. 35. D. de noxal. act.* veluti noxæ nomine seu damni in patrimonium dati; ex quibus alioquin non potest pater actionem de peculio pati.

HEREDIS & *defuncti jus idem.*

LIX. IDEM (*Ulpianus*) *libro tertio disputationum.*

HEREDEM ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat.

HEredis & *defuncti* exæquationem ισοτητα, ισονομιαν continet hæc regula, de qua exæquatione seu similitudine, occurrunt hoc titulo septem præterea regulæ concordantes, puta *lex 54. supr. l. 62. 120. 128. §. 1. 143. 156. §. 2. 160. §. ult.* Quarum omnium synopsin habes ad *d. l. 54.* Quare & eo brevius hac defungemur, speciem ei aptare contenti: Præterquam quod in proclivi est ejus sententia, videlicet heredem, ejusdem potestatis & juris esse cum defuncto: eadem commoda & incommoda eum sequi: denique utriusque fortunæ succedaneum & personæ defuncti vicarium esse heredem. Exceptis tantum personalibus sive juribus sive privilegiis, quo pertinet *lex 68. &*
196.

196. *infr. hoc tit.* Et sane non alio fine hanc regulam disputando præmiserat Ulpianus, quam uti eam fallere certis casibus ostenderet, vel saltem ut eam ad suam speciem restringeret, quod Ulpiani institutum quoque fuit libris Disputationum: *Constat*, inquit, ac si diceret, verum quidem est regulariter. Enimvero conjungenda hæc regula est cum aliis legibus quamplurimis ex eodem libro desumptis, puta *l. 4. D. de magistrat. conven. l. 5. D. de divers. & tempor. præscript. l. 12. D. de donat. l. 21. 29. D. soluto matrimon.* quæ ex eodem libro desumptæ sunt, in quibus proponuntur exempla, quibus huic regulæ locus esse potest vel non. Et quidem in actione *tutelæ*, & actionibus *soluto matrimonio* competentibus, in *donationib.* De his enim eo libro Ulpianum egisse apparet. Exemplum igitur ponamus in heredibus mariti, arg. *d. l. 21. & 29. D. soluto matrimon.* qui utique in solidum conveniuntur, aliter atque maritus ipse, qui nonnisi in quantum facere potest convenitur, *l. 12. 13. D. soluto matrimon. l. 24. 25. de re judicata*. Exemplum ponamus in heredibus Magistratus, qui cautionem exegit; item in heredibus tutoris, quorum præstationes non eædem sunt quæ ipsorummet tutorum aut Magistratuum, seu non similiter tenentur heredes, ut ipsi tenentur: nam nec heres tutoris negligentiæ nomine tenetur, & Magistratus quidem in omne periculum succedit, at heres ipsius dolo proximæ culpæ succedaneus est *d. l. 4. de Magistr. convenien.* Ponamus & exemplum in præscriptionibus, & exceptionibus adversus heredem vel heredi competentibus in materia usucapionis & longæ possessionis, in speciebus, *d. l. 5. de divers. & temp. præscript.* Ponamus exemplum in heredibus donatoris (de quo alioquin dictum fuit *l. 38. supr.*) idque arg. *d. l. 12. de donat.* Tandem ponamus exemplum aliquod in donatarii heredibus, arg. *l. si quis 37. de contrah. empt.* quæ & ipsa ex eodem libro est.

Quare jam tandem definiamus, hanc R. esse de jure *communi*: atque adeo ei locum non esse in jure & privilegio singulari seu personali: item in odio personali: JURIS appellatione *hac l.* ut ferme alias, *jus commune* & ordinarium intelligendum est.

De PATIENTIA *&* *de* RATIHABITIONE.

LX. IDEM (*Ulpianus*) *libro decimo Disputationum*.

SEMPER qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur; sed & si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione.

PAtientia, itemque *Ratihabitio* negotii gesti, utram actionem mandati pariant quæritur? Id quod hac regula affirmatur: Ad quam nova nobis species apponenda venit: Nam, ut maxime verum sit, quod tradunt Interpretes (in specie *ad hanc leg.* ponenda) mandati actionem fidejussori acquiri, non modo si debitor mandaverit, verum & si sciens debitor, alio fidejubente tacuerit, & pro se fidejuberi passus fuerit: *Semper* qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur: vel etiam si olim absens & ignarus, hodie ratum habeat (id quod etiam probatur *l. 6. §. item quæritur, D. de negot. gest. l. 6. §. si passus: l. 18. l. 55. D. mandati: l. 56. D. de judic. l. 6. Cod. mandati*) Item, etsi verum sit, quod in genere ex *h. l.* colligitur, patientiam alicujus, in quamplurimis pro mandato haberi, *l. 3. 50. supr.* Rursum, ratihabitionem mandato

dato comparari & retrotrahi (id quod comprobat *lex 152. §. 2. infra hoc tit.* ubi plenior de *ratihabitione* dicendi locus erit) Nondum tamen vera apponitur ab ullo species: Neque enim *interveniendi* voce *hac l.* fidejussores indicantur, verum (eadem prorsus notione, qua *l. 2. supr. hoc tit.*) cognitores & negotiorum gestores: Quod alioquin ex ipsis hujus legis verbis colligere licet, ibi, *Quod gestum est*. Neque enim ad intercessionem fidejussoriam ea pertinent. Et vero ponenda species in negotiorum Universitatis seu municipii gestoribus, ut docet *lex 1. D. de admin. rer. ad civit. pertin.* item *l. 30. D. de condict. indeb.* (conjuncta *l. 2. §. 4. D. de admin. rer. ad civit. l. 3. C. de compensat. l. 17. D. eod. tit.*) quæ omnes ex eodem Ulpiani libro decimo Disputationum desumptæ, huic conjungendæ sunt, conjunctæque adeo docent, Ulpianum eo libro in jure municipali describendo occupatum fuisse.

Ut ad veram igitur speciem deveniamus, præsupponendum est, procuratorem ut privati, ita & universitatis posse, post litem contestatam alium procuratorem constituere, quia per litis contestationem procurator sive syndicus litis dominus efficitur: Nunc finge, non quidem syndicum negotia universitatis alteri mandasse (ubi nullum dubium est eum qui mandavit geri, ipsum gessisse videri *l. ita autem, §. egisse, supr. de administr. tutor.* de quo ad *d. l. 152. §. 1. infr.*) verum, cum alius sponte intervenirer hujusmodi negotiis eum non prohibuisse, vel etiam ex postfacto ratum habuisse? Ex æquo mandati tenebitur: Taciturnitas & patientia vel etiam insecuta ratihabitio mandati vicem subeunt. Ex hac jam facti specie liquet, quod dictum est, *Interveniendi* vocem hac l. non ad fidejussoriam, verum ad negotialem operam pertinere, id est, ad cognitores sive procuratores; quo ipso sensu eadem vox, ut dixi, accipitur *l. 2. supr. hoc tit.* Ergo ratihabitio, ut in delictis seu maleficio mandato comparatur, *l. 152. §. 2. infr.* ita & in civilibus, de quo plene ad *d. §. 2.*

Porro ei quod hac l. dicitur, eum qui ratum habuit quod gestum est, obstringi *mandati actione*, opponi solet *lex 6. §. 9. D. de negotiis gestis: l. 9. mandati: l. 7. C. quod cum eo*: ubi ex ratihabitione datur tantum actio negotiorum gestorum, non mandati. Aliis aliter distinguentibus, hæc placet distinctio: si revera ejus qui postea ratum habuit, negotia fuerint, mandati actionem ex ratihabitione nasci, *hac l.* si vero non revera negotia mea fuerint, ut quia a non debitore meo aliquid nomine meo exegisti, & ego cujus nomine a te exactum est, ratum habeam, negotiorum obstringar. *dictis legibus*.

De REFECTIONE *domus*.

LXI. IDEM (*Ulpianus*) *libro tertio Opinionum*.

DOMUM suam reficere unicuique licet; dum non officiat invito alteri, in quo jus non habet.

REFICERE domum suam unicuique promiscue licere, unica tantum limitatione addita, hac regula definitur, quæ obscura hactenus nonnullis creditur. Quæ quidem regula desumpta est e tertio Ulpiani Opinionum libro; ubi is ex professo egit de OPERIBUS, & de ædificiis, qua publicis qua privatis excitandis, reficiendis, ut docet

cet quoque *lex Præses* 7. *D. de officio Præsidis*: *l.* 4. *D. de muneribus*: *l.* 2. *de operibus publicis*: quæ omnes ex eodem libro deflorataæ huic conjungendæ sunt. De regula primum, dein de limitatione ejus.

Ergo domum suam reficere unicuique *licere* desinitur *hac l.* pro arbitrio suo scilicet: si privatam spectemus utilitatem: Quo respectu sane hæc quoque regula recte dicitur, quidquid Cujacius contra. Atenim si publicum ornatum & commodum spectes, imo *cogi* quis potest competenti remedio, deformitati auxilium ferre, id est, domum suam reficere, *d. l.* 7. de quo unice hic egit Ravardus transmissa hujus legis interpretatione. Et ita quidem etiam hæc lex cum illa conjungenda est, & concilianda. Cogi, inquam, vel auctoritate Præsidis *d. l.* 7. vel curatoris Reipublicæ, *l. ad curatores*, *antepenult. de damno infecto*, & in urbe jussu Ædilium *l.* 2. *§. iisdem*, *de orig. jur.* Et hæc quidem in domo reficienda ita obtinent: atenim (quæ altera differentia notanda hic venit simul & conciliatio) alia ratio est monumenti, nam etsi monumentum, *domus* quædam sit, atque ita etiam vocetur, *domus æterna*, item, *domus Manium*, attamen id nonnisi Pontificum exploratu reficere olim licuit: ut idem Ulpianus iisdem Opinionum libris scribit *l. ult. D. de mortuo inferend.* propter religionem videlicet sepulcrorum, neve ea violarentur, *d. l. ult.* (quorum sane cura ad Pontifices pertinebat, *d. l. ult. & l.* 8. *D. de religiosis*: *l.* 50. *infr. D. de petit. hered. v. & l.* 3. *§.* 4. *D. de sepulcro viol.*) Idque etiam constitutum Imperatoria constitutione *l.* 2. *Cod. Th. de sepulcro viol.* ubi plene de eo dico.

Ergo domum suam unicuique reficere licet: imo etsi servitutem vicino debeat, dummodo salva servitute: Imo etiam attollere, si servitutem non debeat: de quibus *v. tit. D. de servit. præd. urb.* ac nominatim eo titulo *l.* 9. *& l. altius* 8. *& l.* 9. *C. de serv. & aqua.* Ita quoque alias prohibitus ædificare, non prohibetur reficere, *l.* 5. *C. de operibus publ. & arg. l.* 3. *§. reficere* 15. *D. de itinere actuque privato*. Et ita quidem perspicua est hujus Reg. sententia.

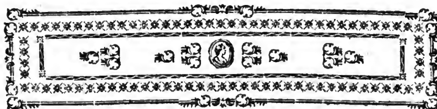
Subjicitur tamen *limitatio*: *Dum non officiat invito alteri, in quo jus non habet*. Refectioni nempe domus suæ quidam modus impositus; quomodo & ædificationi. Et inter alia quidem tres hæ olim leges ædificiis positæ. Prima, ita ædificare, ita reficere seu instaurare licet, dummodo forma publica servetur: de qua multa veterum testimonia multæque leges occurrunt: quæ congessere Cujacius, 1. *Observat.* 4. & 17. *Observ.* 35. & Brisson. *lib.* 2. *Select. cap.* 1. *&* 2. In quo etiam P. Faber meliorem commentarii sui *ad hanc l.* partem pariter locavit. Et tamen id ad hanc l. proprie non pertinet. Secunda lex est, ut si servitus debeatur fundo vicino, ita reficere domum seu instaurare liceat, ut eadem specie & qualitate reponatur, sic ut vicino jus servitutis habenti non officiatur: de quo *v. d. tit. de serv. præd. urb.* & in eo nominatim *legem* 33. & *l.* 1. 5. 9. *Cod. de serv. & aqua*. Et hæ quidem duæ leges seu conditiones & limitationes ad hanc l. non pertinent, quas tamen breviter perstringi oportuit, ut ita distinguerentur a tertia, de qua mox. Tertia igitur est lex illa, superiori contraria, quæ hac limitatione continetur: *Dum ne officiat invito alteri in quo jus non habet*: i. ut sine injuria vicini id fiat, (quomodo & alias permisso aliquo fieri in publico, id sub eadem conditione permittitur, *leg.* 2. *§. merito* 10. *D. ne quid in loco publ.*) dum ne vicini fundo servitutem aliquam imponat, immittendo forte fumum tignumve, Mæniano protegendo, projiciendo stillicidio: vicini, inquam, fundo, in quo jus non habet. Id enim omne *officiendi* verbo hic intelligendum est, non vero, ut alias, officiendi tan-

tantum luminibus: nam officere quisque vicini luminibus potest, nisi servitutem debeat, *d. l. 9. D. de serv. urb. prad.* Officere hic est generaliter obesse, damnum inferre, nocere, præjudicare, βλάπτειν, ut Græci, & quidem v. g. immittendo. Et sane hunc casum huic legi secundo loco aptat quoque Glossa: eoque pertinet species *l. sicut* 8. §. *Aristo. D. si servit. vindic.* Ait autem lex *invito domino*: quod & ipsum passim in servitutibus ingeritur: ut *l.* 4. *l. invitum* 5. *l.* 21. 26. *D. de serv. prad. urb.* Scilicet in *l.* 4. dicitur, cum servitus imponitur, *ne luminibus officiatur*, hoc maxime adeptum me videri, ne jus sit vicino, invitis nobis altius ædificare, atque ita minuanrur lumina nostrorum ædificiorum. In *l.* 5. definitur, quis *invitus* in servitutibus dicatur. In *l.* 21. proponitur singularis casus, in debita a domo tua ædificiis meis utraque servitute, *ne altius tolleretur*, & *ut stillicidium ædificiorum meorum reciperet*, postea que concessione facta, *uti jus sit invito me altius tollere ædificia tua*: & quidnam importet hæc concessio. In *l.* 26. definitur, in re communi neminem dominorum jure servitutis, neque facere quidquam invito altero posse, neque prohibere quo minus alter faciat.

Ergo & hic quoque ita demum suam cuique domum reficere licere definitur, dum non officiat alteri, *in quo jus non habet*: εἰς μὴ δίκαιον ἔχει ut Græci per modum exceptionis. Insolens tantum hæc locutio videri cui possit: non modo, quod si ad personam vicini hæc verba referuntur, tum dictum potius oportuerit, *in quem jus non habet*, verum eo potissimum, quod cum de servitutibus agitur, verba ad personam dirigi non oportet, ut hic, invito alteri, IN QUO *jus non habet*: verum ad fundos: sunt enim servitutes prædiorum non personarum, & ædes serviunt, & qui servitutem habet, in fundo jus habet. Quare & P. Faber ita hoc loco hæc verba interpretatus est: IN QUO, i. in ea re locove. Ita quoque Græci, ἐν ᾧ. Quod si ita esset, tum supra scriptum oporteret *invito* ALTERO: non *Alteri*. Glossa, *in quo* interpretatur, *in quantum*: quod erroneum est. Quare putet quis, dictum hic potius oportuisse: *A QUO jus non habet*, i. si a vicini fundi domino id jus non habeat. Verum ita quoque JCtus in *l.* 9. *D. de serv. prad. urb. Cum eo qui tollendo obscurat vicini ædes quibus non serviat, nulla competit actio*, translato sermone a domo ad dominum. Quidquid sit, ita clarius haberet lex: *dum non officiat invito vicino, alteri, domui scil. in qua jus non habet*. Ad rem. A contrario igitur officere servitute imposita vicino licet, domum reficiendo, si *volente altero* id fiat: si servitus hæc imposita fuerit aut concessa: si vicinus ita ædificandi, reficiendi JUS habeat a vicino concessum.

Et hactenus quidem de hujus l. sententia. Illud in transcursu monitum volo, Ulpiani libros *Opinionum* (unde hæc lex desumpta est) non esse veteris illius Ulpiani, qui sub Caracalla scripsit, verum posterioris alicujus longe scriptoris Constantinianei ævi: & forte quidem ejus ipsius Ulpiani Rhetoris Antiocheni: de quo Ulpianus & Suidas. Nam & Constantini seculum stylus ejus redolet, & Græculum fuisse & in Græcia scripsisse vel inde apparet, quod Græca munerum nomina ibi usurpata & ipse usurpat, veluti *Decaprotia. Sitonia. Opinionum* vero libros inscripsit quod virorum prudentium placita, responsa, opiniones, δόξας in eos libros congesserit, sententias illustres, ὑπολήψεις maxime nobiles. Id enim sunt *opiniones*: quæ cum sententiis conjunguntur; & *responsa prudentum*, dicuntur §. 6. *Inst. de I. N. G. & C.* quomodo & Solinus, præfat. operis sui. *Quapropter*, inquit, *quæso*, *ne de præsenti tempore hujus editionis fidem libres*: *quoniam*

niam quidem vestigio moneta veteris persequuti OPINIONES eligere maluimus potius, quam innovare (id est, novi aliquid scribere).



QUARTA REGULARUM

Collectio, seu Systema;

JULIANI REGULÆ SEX,

E libris JULIANI DIGESTORUM desumptæ, totidem legibus comprehensæ, puta *lege* 62. 63. 64. 65. 66. & 67.

JULIANI *Regula* 6. *sequuntur, e libris ejus* Digestorum : *in quibus scilicet Edictum perpetuum, quod sub Hadriano Imp. per titulos* Digestorum *distinxerat, novisque clausulis adauxerat, brevi etiam* commentario *illustravit*.

HEREDITATIS *vis & definitio*.

LXII. JULIANUS *libro sexto Digestorum*.

Hereditas *nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuerit*. *

* *habuerat*. Haloand.



Ereditatis definitionem seu vim continet hæc R. cui concordant, eodem *Juliani* fine inspecto, septem præterea aliæ hujus tit. Regulæ, puta *lex* 54.59.120.128.§.1.143.156.§.2.160. §. 2. Quinimo totidem verbis ea ipsa definitio repetita extat e Gajo JCto in *leg*. 24. *supra de V. S.*

Neque ideo tamen Cujacium vel P. Fabrum audio, qui, ut alias nonnullas, ita & hanc quoque legem, inter fugitivas numerabant : non alios, qui istud inter alia vitium hujus tituli in eo notant, quod definitiones nonnullæ, & hanc quidem *hereditatis*, eo conjectæ fuerint. Nam, prout JCti scopus est seu finis, ita & definitio vocis seu rei in Regulam facile migrat, proque Regula traditur seu

proponitur. Ita definitio hæc hereditatis superiore titulo *de V. S.* proposita fuit, ut quæ esset verbi *hereditatis* significatio, constaret: hoc vero titulo, in censu Regularum recte locata est, ut ostendatur, quid quantumque JURIS ad heredem perveniat. Quod utique hac definitione efficitur, quæ multis aliis specialioribus R. in hac materia pro universali R. & ratione substernitur. Qua causa & Papinianum ipsum *libris Definitionum*, i. R. nonnullas rerum definitiones adspersisse comperio: quod docet *lex* 1. *de legibus* & *l.* 7. *de justitia.* Et vero species quæ huic l. aptanda venit, id diserte docet: Nempe Julianus hoc *lib.* 6. unde hæc R. desumpta est, Edictum *de hereditatis petitione* interpretatus est, ut ostendit *lex* 13. §. 5. *l.* 16. §. 1. *l.* 20. §. 1. 4. 18. *l.* 30. *in princ.* 31. *in pr.* & §. *fin. l.* 54. *D. de heredit. petit.* & *l.* 2. §. *solet de hered. vel act. vend.* Quare dum in eo esset Julianus, docere inter alia quoque semel voluit, quidjuris ad heredem peculiatiter, quidque adeo in hereditatis petitionem veniret, ipsius judicii vi & potestate: inter alia, v. g. non ea tantum quæ mortis tempore in bonis defuncti fuerunt, verum ea quoque quæ postea argumento hereditati accesserunt. Quæ omnia Julianus veteri hac definitione & Regula proposita, firmare instituit: nempe id ita fieri, quia *Hereditas nihil aliud sit quam successio in universum JUS defuncti*. Nempe, etsi in bonis defuncti, ea quæ diximus, nondum fuerint, in JURE tamen ejus fuerunt.

Julianus ergo hanc Reg. seu definitionem eo quo dixi fine proposuit, seu hereditatis petitionis occasione. Qua ipsa occasione fineque & Gajus eam proposuit in *d. l.* 24. *de V. S.* uti constat ex legibus quæ ex eodem *lib.* 6. ad edictum provinciale desumptæ, illi conjungendæ fuit: puta *lex* 1. 3. 10. 15. 17. 21. 35. 39. 41. *D. de hered. petit. l.* 2. *si pars hered. l.* 2. *de possess. hered. petit.*

Neque alia est hujus Reg. sententia, quam septem aliarum, quas hoc titulo concordare jam dixi. Hoc illud scilicet est quod *l.* 54. definitur, *neminem plus* JURIS *ad alium transferre posse quam ipse habeat.* Item quod *l.* 59. dicitur, *heredem ejusdem potestatis JURISQUE esse, cujus fuit defunctus.* Quod *l.* 120. statuitur, *neminem plus* COMMODI *heredi suo relinquere, quam ipse habuit*. Quod *l.* 128. §. 1. proponitur, *eos qui in universum* JUS *succedunt, heredis loco haberi*. Quod *l.* 143. asseritur, *quod ipsis qui contraxerunt obstat, & successoribus eorum obstabit.* Quod *l.* 156. §. 2. *cum quis in alii locum successerit, non est aequum ei nocere, quod adversus eum non nocuit*, in cujus *LOCUM successit*. Quod *l.* 160. §. *ult. Absurdum est plus* JURIS *habere, cui legatus sit fundus, quam heredem, aut ipsum testatorem si viveret*. Quare & ad eas leges dicta huc arcessi possunt. Illud denique pro Triboniani defensione addendum, hanc hereditatis definitionem, non definitionis modo proponi, verum ceu substratum quid pro ratione & regulæ alicui juris definitioni: *Hereditas* NIHIL ALIUD EST: quomodo & foritis definitio proponitur: EA NATURA *est cavillationis*, &c. *l.* 65. ubi v. adhuc quæ dicam.

De

De MORA: *deque* PROVOCANTE ad JUDICIUM *bona fide*.

LXIII. IDEM (*Julianus*) *libro decimo septimo Digestorum*.

Qui sine dolo malo ad Judicium provocat, non videtur moram facere.

AD Tractatum de *Mora* pertinet hæc secunda Juliani Reg. quo etiam pertinent quoque aliæ Regulæ hujus tituli *lex* 39. 88. 161. 173. §. 2. 174. *in princ. infra h. tit.* Cujus *Mora* definitio etsi cæteroquin in facto magis quam in jure consistere dicatur, & utrum mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque Juris auctorum decisione decidi semel possit *l. mora* 32. *D. de usur.* utpote cum ejus æstimatio ex facti qualitate pendeat: Specialis tamen hæc Reg. in hoc tractatu Moræ hic a Juliano proponitur; & quidem negativa: *Non videri eum moram facere, qui sine dolo malo ad judicium provocat*. Cui concordat præterea hoc tit. *lex non potest* 99. *infra*. Non eo ipso scilicet debitor, quod solutionem detrectat, & moram facere ilico intelligendus: Quid enim, si justa ignorantia, quantum solvere debeat, id faciat, *d. l.* 99. *infra?* Quid si optima ratione, ut ait lex 23. *de usur.*? Quid si juste (ut loquitur *lex si quis solutioni* 24. *D. de usur.*) Quid si Reipubl. causa abesse subito cœpit, &c. *leg.* 23. *d. t.*? Quid si sine dolo malo (ut hac Reg. dicitur) ad judicium provocet? Juris utique persecutio injuriam in se non continet: & ideo hæc *mora* inculpata est, ut loquitur Papin. *l.* 9. §. 1. *de usuris* & (qui alioquin moræ sunt effectus) debitorem non subjiciet usuris, fructibus, interesse, pœnæ, periculo rei, & expensis seu sumptibus litis: Denique, etsi moram revera faciat, moram tamen facere NON VIDETUR, id est non ideo mulctandus vel puniendus venit: *Non videtur*, formula in his Regula tralatitia, qua in speciem apparentia removentur profligantur. Nemo scilicet metu litis jus suum indefensum relinquere tenetur *l. illud* 40. *in fin. princ. D. de heredit. petit.* Neque improbus videri potest, qui ignorat quantum solvere debeat, *d. l.* 99. *infra*, *hoc tit.*

Ut hæc in genere recte dicuntur, ita (quod Glossa recte divinavit) pertinet hæc Reg. ad eam ipsam speciem, quæ aptanda venit *d. legi* 21. 23. *&* 24. *D. de usuris*. Nam sicut Ulpianus lib. 34. ad edictum, & Paulus lib. 37. ad edictum (unde eæ leges desumptæ sunt) de Rei uxoriæ actione, ac nominatim de *Retentionibus ex dote* egerunt, ita etiam Julianus hoc ipsum argumentum exsecutus est lib. 17. Digestorum (ut ostendunt *lex* 5. §. 9. *D. de jur. dot. l.* 3. §. *ult. l.* 4. §. *ult. l.* 5. §. 1. 8: *in fin. l.* 11. §. 3. 9. 13. *l.* 27. *D. de donat. int. vir. & uxor. leg.* 1. *lex* 14. *D. de donat. l.* 2. 13. *D. de mort. caus. donat.*)

Species igitur hæc facillima nunc sit in *Marito* (nil enim jam moror eam speciem quam Cujacius *libris ad Julianum* prodidit). Tu uxor mea, soluto matrimonio dotem repetis: Ego ejus retinendæ mihi jus vindico, ex causis jure proditis, bona tamen fide: mox lite cado? Non ideo tamen in usuras tenebor: Bona fides moram eluit. Neque in hac tantum specie hæc R. spectatur, verum etiam in spec. *legis* 3. §. 1. *D. de usur. l.* 78. *de leg.* 2. *l.* 2. *C. de usur. & fructib. leg.* nempe & in *Herede* hæc Reg. locum obtinet: Finge enim, Falcidia interveniente seu herede Falcidiam objiciente (ut d. l. 28. *de legat.* 2.)

here-

heredem morari præstationem legatorum? Utique si heres legis Falcidiæ rationem bona fide judicio subjecerit, vitio moræ non subjacebit. Similes alias species in herede repetere licebit *ex l. 19. 42. 99. infra*.

Addatur tertia species & in *Reo ex lege* 13. *D. depositi*. Finge de persona actoris & ejus habilitate, ut loquuntur, dubitare me, atque ideo ad judicium provocare? Non ideo moræ periculo obnoxius ero.

Et hæc quidem ita obtinent in *provocante ad judicium*, ut hic l. dicitur, id est in Reo: Quamquam idem obtinet & in Actore seu petitore: Nam & actor pariter non videtur dolo exequi seu exercere actionem, qui ignorat causam cur non debeat petere, *l.* 177. §. 1. *infra h.t.*

Sedenim quæ *limitatio* hac l. additur, obtinet tantum hæc Reg. in provocante ad Judicium *sine dolo malo*. Alia enim ratio est *furis & prædonis*. Nam licet fur paratus sit excipere condictionem, id est, ad judicium provocet, attamen non ideo moram purgat, *l. ult. D. de condict. furt.* Prædo seu fur, idemque morator semper est, & moram dolumque facere semper intelligitur, etsi ad judicium provocet, etsi judicio experiatur, quia dolo malo provocat, & experitur: quod firmatur & in sp. *d. l. illud quoque* 40. *in fin. princ. D. de hered. petit.*

RARI *casus incogitantiam in negotiis agendis excusari*.

LXIV. IDEM (*Julianus*) *libro vicesimo nono Digestorum*.

EA quæ raro accidunt, non temere in agendis negotiis computantur.

DE *Raro contingentibus*, seu ἐκ παραλόγου, σπανίως, est hæc R. e Julianeis tertia: Cui tres casus seu species & exempla vulgo male aptantur. Nolim primum ab Interpretibus ferme omnibus eandem huic Reg. sententiam affingi, quam alioquin præ se ferunt hodie *lex* 3. 4. 5. 6. *D. de ll.* Hæ leges quippe, ut hodie positæ sunt, sunt de Legislatione Jurisque determinatione: illudque indicant, rarum aut mirabilem aliquem casum & extraordinarium impedire non posse, quo minus Jura aliqua generalia in Republ. constituantur, seu leges generales a Legislatoribus sanciantur: Quo pertinet etiam illud Theophrasti, τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται. Quod etiam ad casum multiplicis puerperii trahunt Jurisconsulti in *d. l. antiqui*, *D. si pars hered.* Nam ut Aristoteles ait 4. *Ethic.* ad Eudemium c. 8. τὸ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον ἐπιλαμβάνει ὁ νόμος: Similiterque Ethic. Nicom. *l.* 5. *c.* 14. vel ut Heliodorus Prusæus in Paraphrasi, c. 16. τῶν ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον συμβαινόντων οἱ νομοθέται στοχάζονται: Quomodo & Gregor. Nazianz. Orat. 39. *legis vim in Ecclesia non obtinere ait, quod raro fit*: οὐ νόμος ἐκκλησίας τὸ σπάνιον: Ejusque rei exempla extant in *l.* 1. *D. de minor.* & in Nov. 94. *c.* 2. Quamquam & hoc ipsum eo enantiophano percelli vulgo videtur, quod aliquammulta jura constituta reperiantur de raris & mirabilibus casibus, puta de Hermaphrodito *l.* 10. *D. de statu homin.* de partu monstruoso *l.* 14. *eod. tit.* & *l.* 135. *de V. S.* item de Cæsaribus, id est exsectis utero matris *l.* 12. *de liber.* & *postum.* de matre quinquagenaria, id est, partum edente *l.* 12. *C. de legit. heredit.* de muliere pariente undecimo mense, *Nov.* 39. de insula in mari nata, *l.* 7. §.

7. §. *insula D. de adquir. rer. dominio*: tandem de dedito hostibus & non accepto atque in civitatem revertente, *l. ult. D. de legation. l.* 4. 5. §. *ult. D. de captiv.* Verum ita res concilianda est: Quemadmodum rarus casus facere non potest, quin lex generalis publice statuatur: quo pertinet etiam d. Novella 94. *cap.* 2. ita neque lex generalis facere potest, quin raro casu emergente lex super eo iam constitui possit: Nempe, quemadmodum cum de Legislatione tractatur, inspicienda est frequentia & universitas: ita sine ordinatione politica nihil quamlibet rarum aut singulare relinquendum est. Verum hæc, uti dixi, ab hac R. aliena sunt.

Nolo etiam hanc R. misceri cum *l.* 114. *infr. h. t.* ubi dicitur: *In obscuris inspici solere quod plerunque fieri solet*: Quia hæc Reg. nostra non est, ut illa, de obscura voluntate, verum de aperta, quæ non eo minus valida esse adsignificatur, quod rarum casum non prævidet is qui negotium aliquod egit, veluti qui testamentum condidit. Nolo tertio hanc Reg. accipi de casibus fortuitis, & eventu seu successu, quod Accursius in secundo casu tentabat, & Hotomannus putavit, quos mandatarius exempli gratia non præstat: est enim hæc Reg. de *raro* contingentibus, non de fortuitis & insperatis casibus, & successu seu eventu contrario. Quare apagesis mihi interpretationem Accursii, qui vocem *raro* de fortuito casu accipit.

Non igitur ad publicam Legislationem, non ad obscuræ voluntatis interpretationem, non ad casum & eventum fortuitum, pertinet hæc lex, verum ad *Negotia agenda*, quæ ob insoliti casus incogitantiam non ideo irritantur. In *Negotiis agendis*, ait lex: uti lex 5. *supra*, in *Negotiis contrahendis*: Inter quæ tamen subtilis hæc differentia est, quod *negotia contrahi* dicuntur, in contractibus, vel quasi, *Negotium vero agi* in actu etiam μονομερῶ veluti testamento: Nam eo pertinet species hujus R. non ad contractus, seu συναλλάγματα, quomodo Græci perperam hanc R. interpretati sunt. Quærebatur in specie hujus Reg. nostræ, utrum in his negotiis agendis casus rari prævideri debuerint ab his, qui negotium aliquod agerent tractarent, & quia non prævidérunt, ideo negotium corruat, quia, aliquid sit quod eis imputari possit? Quod hac R. negatur: quia scilicet ea quæ raro accidunt, non temere in *agendis negotiis computantur*: *Non computari* ait lex, i. non prævideri solere, non animo cujusquam obversari, & ideo nec imputari negotium aliquod agenti si id non prævidit: non imputari inquam, hic enim effectus est hujus Reg. non quasi *computari*, hic pro imputari accipiendum sit, quod Placentino placuit, etsi alicubi apud Plautum eo sensu effertur. *Non temere computari* ait lex: non abscissa negatione: possunt enim computari & prævideri, verum non facile; hoc sensu: paucos admodum mortalium esse, qui in negotiis agendis eos casus raros computent animoque volutent: Hæc vis est istius formulæ, *non temere*, id est, non facile. Joculare enim est quod Glossa in primo casu tentabat, quasi id indicetur, temerarium esse si tales causæ in legibus enumerentur. Sic passim Suetonius, in *Augusto cap.* 53. 73. 77. in Claudio, *cap.* 33. in Nerone *cap.* 15. Vespasiano *cap.* 15. in Tito, 6. 8. in Domitiano, *cap.* 19. Livius quoque *lib.* 30. *Non temere incerta casuum* REPUTAT, *quem fortuna nunquam decepit*: ubi habes, *non temere reputare*, ut hic *non teme e computari*. Quintilianus *lib.* 1. *cap.* 3. *Illud ingeniorum velut præcox genus non temere unquam pervenit ad frugem*. Omitto sexcenta his similia: Jure nostro nunc contenti simus, occurrit hæc ipsa formula non uno loco: ut *l. ancillam* 27. *D. de petit. hered.*

hered. l. cum in testamento 28. *D. de ann. leg. l. si fidejussores* 41. *D. de fidejussorib. l.* 7. §. *sed & si quis* 3. *D. de injur. l. non ignorat* 9. *Cod. de his qui accusare*. Denique *non computari* ait lex, id est, si de actibus privatorum quæratur, non prævideri: si de Judice, non attendi in judiciis & causarum decisionibus: Denique, ubi interpretatio facienda est de validitate negotii vel actus alicujus, rara hujusmodi in computationem non veniunt: ut ideo invalida sint negotia si prævisa non fuerint. Quare inanis prorsus est eorum interpretatio, qui huic l. hunc sensum affingunt, quod contrahentes in negotiis agendis non inconsulte eos quoque casus qui rarissime eveniunt, sed tamen evenire possunt, prævidere debeant, ut ita lites præcaveant: quasi hac Reg. laudetur providentia contrahentium, & vox *temere* significet *inconsulto*: *non temere*, *non inconsulto*: nam imo hac R. incogitantia eorum, qui rarum casum non prævidenrunt, excusatur: non vero eorum qui prævidenrunt providentia laudatur. Et vero genuina species, quæ huic R. aptanda venit, hanc interpretationem magis magisque profligat, nostram contra egregie firmat. Venit scilicet aptanda ea quæstioni seu tractatui *de injusto testamento*, ut docet lex 13. *D. de liber. & post. l.* 4. §. 5. *l.* 37. *de hered. inst. l.* 26. *D. de vulgari & pup. l.* 11. *de condit. & demonstr.* quæ omnes ex eodem Juliani lib. 29. Digestorum desumptæ huic conjungendæ sunt: Et quidem aptanda venit tractatui *de injusto testamento*, ex causa præteritionis postumi, *d. l.* 13. *d. l.* 37. *d. l.* 26. Quare nunc tuto fingamus. Pater testamento suo (quod quidem Negotium est actusque μονομερης) filium postumum heredem instituit: & sic unico filio postumo instituto decessit: mox uxor duplicem vel trigeminum partum edidit, vel etiam quinque, quod idem Julianus, ut omittam alios, fieri posse testatur *l.* 36. *de solut.* De quo multiplici partu sunt solemnes leges: puta *l. antiqui* 3. *D. si pars hered. l. utrum* 7. *de reb. dub. l. sed etsi* 28. *de judiciis*, *l.* 2. §. 10. *de suis & legit. l.* 30. §. 6. *de adquir. hered.*? Non ideo patris testamentum injustum erit, nulliusque momenti, quasi filio vel filiis postumis præteritis: quia rarum est, ut non uniparæ sint mulieres: imo rara πολυτοκια est, rarus multiplex partus: etsi non rarum ADMODUM, *d. l. antiqui* 3. raro trigemini nascuntur: & quia rarum est, ideo nec in condendo testamento, in negotio hoc agendo, id testator computavit: neque hunc casum prævidere debuit. *Computare* est, ut dixi, animo suo supputare, volutare, colligere, & sic ad id actus suos componere: ac nominatim ea quæ in numero consistunt, futuraque. Sic, *rationes computare* passim: *computare annos*. Sic & illa apud Senecam. *Si bene computes*. Sic & Tacitus, 1. *Historiarum* 22. ubi de Mathematici cujusdam prædictione: Cum *superfuturum eum* (Othonem) *Neroni, promisisset, postquam ex eventu fides, conjectura jam & rumore senium Galbæ, juventam Othonis computantium, persuaserat fore ut in imperium ascisceretur.*

Quanquam vero species hujus Reg. proprie pertineat ad testatores & ad testamenta, & sic ad actus privatorum, attamen eadem traduci seu porrigi potest ad actus Judiciales, processum, inquam, judicialem, & ad judicis officium instruendum: quo sane pertinet species *d. legis* 3. *D. si pars heredit. pet.* (quæ tamen hujus legis species non est) unde transcripta est *d. l.* 6. *D. de legibus*: Item species *l.* 9. *D. de probat.* tandem spec. *l.* 44. *D. de usucap.*

De

De SORITICA *cavillatione, ejusque natura.*

LXV. IDEM (*Julianus*) *libro quinquagesimo quarto Digestorum.*

Ea est natura cavillationis, quam Græci Σωρίτην *appellant, ut ab evidenter veris, per brevissimas mutationes, * disputatio ad ea quæ evidenter falsa sunt, perducatur.*

* σοφισμα in vulg. & Haloand. σωρείτην vel σωριτικὴν.

SOritica Cavillationis icon & character a Juliano hac quarta Reg. exprimitur: quæ ante Pandectas Florentinas nullo sensu legebatur, voce σοφισμα posita, loco σωρίτην: de quo videndus est Anton. Augustinus, *lib.* 4. *emendat. cap.* 16. *pag.* 266. Neque tamen audio interpretes, qui ad Philosophos hanc Reg. ablegatam, deque censu Regularum expunctam vellent: ut maxime etiam ab Ulpiano (Juliani sequace) totidem verbis repetita ea extet in *l. natura* 177. *D. de V. S.* Multum scilicet interest, quo animo, quo fine, quidque dicatur, aut inculcetur, nam pro scopi diversitate eadem lex non unius, verum hujus modo illius tituli vel tractatus finibus recte includitur. Quod etiam supra jam ostendimus ad *l.* 62. *sup.* ubi hereditatis pariter definitio, superiore quoque titulo inculcata, reponitur: Quare & hac ratione ipsemet Justinianus inculcationis ac repetitionis veniam deprecatur, *tit. de Veteri Jure enucleando*, & *præfat. Pandectis præfixa.* Ad rem. *Cautionis* igitur sive *Cautelæ* (ut loquuntur) vice, denique ceu ἰαμα quoddam salutare hunc in titulum hæc sententia seu mentis Reg. conjecta fuit, adversus σωρειτικὴν ἐρώτησιν, seu adversus ἐριστικὴν, ἐρωτηματικὴν sophisticen, & Soritarum gradus, ut Hieronymus eos vocat: Quo sane animo fineque primitus a Juliano hæc Reg. concepta fuit, ut ita iconio ejus expresso, ab ea sibi contrahentes, aliique diligenter caverent.

Hoc uti liqueat, sciendum est, Julianum egisse *libro* 54. Digestorum, unde hæc R. desumpta est, de *Modis distrahendæ obligationis*: primo quidem, de modo naturali tollendæ obligationis; i. de solutione, tum de *Acceptilatione* (ut docet vel *lex* 17. *D. de Acceptilat.* quæ indidem desumpta huic conjungenda est) id est, de actu legitimo, ut vocatur *l.* 77. *infr. h. t.* seu imaginario, de quo obligatio tollitur, cujusmodi est *Acceptilatio*. Ad hanc vero acceptilationem hæc R. pertinet, arg. *d. l.* 17. quomodo & eandem Regul. ex Ulpiano relatam in *l.* 177. *de V. S.* acceptilationis pariter occasione propositam, colligere certo licet ex conjunctione *l. an inutilis* 8. *D. de acceptil.* Cæterum, cum acceptilatio ista verbis per *interrogationes* & responsiones peragеretur, quandoque etiam stipulatione Aquiliana præcedente, ita quidem aliquando, ut una acceptilatione plura debita ex diversis causis tollerentur, hinc reo stipulandi interrogante, inde reo debendi spondente; mox, hinc accepto rogante reo debendi, inde accepto ferente reo stipulandi, & quidem conceptis, typicis, formalibus verbis (ut docet *lex* 1. *C. de acceptil.* §. 1. *Inst. quib. mod. toll. oblig.* & *l.* 1. *D. de acceptil.*) denique verbis solutio perficeretur, ut Seneca 6. *de benefic.* loquitur, necessarium duxit

xit Julianus, contrahentes præmunire adversus hujusmodi soriten (cujus meminit etiam Cicero *in Hortensio* ,) nodos veternosissimi artificii, ut Senec. ep. 82. seu cavillationes has & vitiosum & captiosissimum *interrogationis* genus (ut Soritem Cicero in *Lucullo* vocabat) interrogationum laqueos, ut idem lib. 1 *de Oratore*, ac captiosas, lubricas & vaferrimas *interrogationes*) de quibus Seneca ep. 45. 48. 49. 82.) seu fallaciam plurium interrogationum, quæ subtilissima collectione *per brevissimas mutationes*, id est, per gradus, minutias, adjectiones, παρα μικρον ερωτησις (ut ipsi Stoici vocabant) paulatim, sensim, sine sensu surrepunt, & serpere non desinunt, donec ad absurdum rem deducant, quibusque difficile est modum imponere, ut Seneca loquitur: imo interrogatus ad confessionem perductus aliud respondet, aliud putat. Unde & σωριτικη ατοπια. Denique adversus has plagas clancularias, interrogationum laqueos, & obreptitias *mutationes*, quibus homines incauti facillime a vafris hominibus κατα γ ντας illaqueantur, irretiuntur ceu præstigiatorum acetabulis & calculis, παρα μικρον ερωτησεσι, præmunire contrahentes voluit hic Reg. Julianus, uti discerent caute stipulari, caute spondere, caute accepto rogare, ferreque: caute, inquam, vel sustinendo, de quo illud Persii.

Inventus Chrysippe tui finitor acervi, id est *acervalis Syllogismi*, seu soritis: (σωρὸς enim est acervus) qui a Chrysippo inventus dicitur, authore Laertio, in *ejus* v. Nempe ad hujusmodi δυσαποκριτον ερωτησιν, id est *difficilem ad respondendum interrogationem* (quod unicum ferme isti rei remedium & ιαμα Chrysippus notat) ησυχιασμω opus, id est sustinendo, verbisque ad lancem datis, vel etiam interloquendo, quomodo Seneca 9. *de benefic*. 26. *Permitte me interloqui*, *ne interrogatione insidiosa capiar*, seu frangendo, cum ad imum declinant, ut Cicero *in Lucullo* loquitur, id est ut in singulis interrogationibus insistatur, ejusque vitium demonstretur.

Ait porro lex, Cavillationis QUAM appellant, &c. Nempe hoc relativo *quam* (cujus vis est, suum antecedens restringere: pariter ut vocis *qui* in *l*.77. sup. vocis *quos*, de quo interpretes late ad *l. cunctos populos*) apparet, non omnem hic cavillationem describi, aut cavillatione de sorite proprie dici (quod tamen nonnulli volunt) vel quasi sorites omnis sit cavillatio & vitiosus, quod verum non est: nam & legitimus aliquis sæpe soritis usus est, quo & Stoici passim usi, verum cavillationem tantum soriticam, & acervalem. Non est scilicet cavillationis genus unum: *Cavillatio* est, quodcunque tandem verborum & syllabarum aucupium, tecta & insidiosa fraus, captiosa ratiocinatio, fallacia, λεξεις τηρουντων, verba cavillantium. Seneca quoque ep. 45. *Multum illis temporis verborum* CAVILLATIO *eripuit*, *& captiosa* DISPUTATIONES, *quæ acumen irritum exercent*. Ait lex *per brevissimas Mutationes*: nisi malit quis *Mutuitationes*, i. interrogationes & responsiones mutuas, vel *Mutuationes*: eodem sensu. Sed nil necesse est: brevissimæ mutationes sunt, cum aliquid minutatim & gradatim additur aut demitur, ut Cicero, *in Lucullo*: & sic mutatur. Ait lex *Disputatio*, προσδιαλεξις, pariter ut in superiore Senecæ loco, *disputationes*. Disputatio significat actum omnem, qui perficitur hinc inde sermones serendo, commutando, perque mutuam interrogationem, ac proinde & responsionem, quod de acceptilatione diserte dicitur *l*. 1. *D. de acceptil*. interrogationibus & responsionibus ερωτηματικως, lege dialectica, paulatim seu minutatim assurgendo: Dialectica est ερωτηματικη, ut Aristoteles ait: *Disputationi* adversa perpetua Oratio, ut *Cicero* inquit.

Vera

Vera jam hac specie & scopo hujus l. perspectis, nil moror exempla Soritis alia, quæ hic aut affingi aut cumulari solent. Imo vera hujus l. lectione perspecta, in qua perperam olim legebatur *σόφισμα*, nil moror exempla ad *hanc l.* Accursiana, quæ ad Sophismatum fraudes pertinent, non vero ad Soriticæ cavillationis gradus. Et sic Accursius, oleum & operam hic omnem perdidit.

Quis DEBITOR *esse desinat: & de justa* EXCEPTIONIS *quæsita vi;*

LXVI. IDEM (*Julianus*) *libro sexagesimo Digestorum*.

MARCELLUS: * *Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam, nec ab æquitate naturali abhorrentem*.

* *notat* scil. ut add. in Vulg. et Haloand. alii ita supplent, definit, vel *ait*.

QUIS DEBITOR esse desinat, quæritur hac quinta e Julianeis Reg.? seu qua exceptione is uti possit, quænam ei prosit? Et distinguitur inter exceptionem justam & ab æquitate naturali non abhorrentem, & abhorrentem injustamque: Nempe qui illam *nactus* est, desinit debitor esse: non qui hanc obtendit.

Est autem hæc definitio non Juliani, verum *Marcelli*, qui inter alios Jurisconsultos ad Julianum Notas scripserat: quod postremum docet quoque *lex* 75. *D. ad leg. Falcid. & l.* 2. *in fin. de noxal. action.* & Justinianus noster *l.* 1. *C. de commun. serv. manum.* Vera scilicet hujusce l. lectio & interpunctio est: *Marcellus* (scilicet *notat.*) Deinde nova sequitur sententia, ipsa scilicet Marcelli nota seu Regula. Quod vulgo tamen aliter male habet, vel perperam emendatur. Sic & alias Jurisconsultorum ad alios Notæ efferuntur: veluti, Ulpianus, Paulus &c. *notat* scilicet.

Nunc de ipsa Marcelli nota seu Regula. Huic sane regulæ in genere congruit lex *creditor* 55. *de V. S.* ubi dicitur, creditorem cum demum esse, qui exceptione summoveri non potest: uti retro, nihil interest, actio ipso jure non competat, an per exceptionem elidatur, *l. nihil interest*, 112. *infra*, *h. t.* Sed tamen peculiaris hujus reg. species est: Quæ ut melius intelligatur & ab aliis speciebus, cum quibus Interpretes eam confundunt, distinguatur, genuina primum ejus species indaganda venit.

Cum igitur Julianus lib. 60. Digestorum *de donationibus* egerit, aptanda huic l. species est ex *l. mortis causa* 18. §. *Titia* 2. *D. de mort. caus. donat.* (quæ & ipsa refertur ex 40. Juliani libro, *l.* 3. §. 2. *D. de liberat. legat.*) denique ad *Conventionem*, tacitam quoque, seu *Donationem*, referenda est hæc Reg. cujusmodi sane tacita conventio, donatio, ex postfacto exceptionem justam nec ab æquitate naturali abhorrentem debitori tribuit, & sic efficit ut donatarius debitor esse omnino desinat: Finge, debitori redditum chirographum a creditore, vel jussu creditoris testatoris? Sane si debitor postea, vel a creditore, vel (quod frequentius) ab heredibus creditoris conveniatur, pacti conventi, seu conventionis, vel doli mali exceptione eos summovere poterit, *d. l.* 18. §. 2. Imo & si solverit, condicere poterit. Chirographo scilicet reddito tacitum pactum de non petendo, & sic plena donatio, inducitur, & nomen

 pe-

penitus expungitur, *l. 2. D. de pact. l. hujusmodi* 84. §. 7. *D. de leg.* 1. *l. qui chirographum* 59. *de leg.* 3. *d. l.* 18. §. *Titia* 2. *D. de mort. causa don. d. l.* 3. §. 2. *de liber. leg.* & *l.* 7. *C. de remissione pign.* In quo sane differt pignoris redditio a redditione chirographi, ut ex eodem Juliano, *l.* 1. §. 1. *D. de liberat. leg.* refertur: pignore quippe debitori reddito, vel pignore legato, superest adhuc debiti exactio: hac differentiæ ratione, quod chirographum substantiam nominis seu debiti afficit, pignus securitatem hactenus. Nolim vero cum Cujacio huic Reg. aptari speciem legis 2. §. 3. *D. de donat.* (quæ alioquin ex eodem Juliani libro desumpta est) Finge, cum existimarem, me tibi aliquid debere, jussu tuo pecuniam alteri spopondi, cui donatam eam volebas; vel cui debere te putabas? Utique errore comperto, exceptione doli mali tueri me, stipulationemque indebiti condictione revocare potero. Nolo, inquam, hanc speciem huic Reg. aptari; quia species hujus Reg. ponenda est in *vero debitore*, sed qui facto aliquo postea *desiit* esse debitor, eo quod *nactus sit*, ex postfacto scilicet, justam aliquam exceptionem. Ab hac pariter Regula separandæ sunt seu submovendæ *lex* 3. §. *ult. D. quod quisque juris*: *l.* 26. §. *indebitum*, *l.* 28. 60. *D. de condict. indeb. lex* 9. *in fin.* & *ll. seqq. ad SC. Macedon.* quibus definitur, obligatum naturaliter, etsi civiliter non teneatur, solutum repetere non posse: Nam & hæ species ad initium contractus pertinent: neque ibi ex postfacto exceptio supervenit. Eademque ratione aliena est ab hac Regula *lex* 1. §. *ult. l.* 3. *D. de constit. pecunia*. Aliena pariter Regula seu distinctio Marciani lib. 3. Regularum, inter exceptionem quæ ejus cum quo agitur causa datur, ut in Senatusconsulto Vellejano: & exceptionem, in odium ejus cui debetur, ut in Senatusconsulto Macedoniano, in *l. qui exceptionem* 40. *D. de condict. indeb.* nam & ibi agitur de exceptione quæ initio contractus competit: non quæ supervenit, seu quam debitor ex postfacto nanciscitur.

Hujus autem Reg. *Effectus* continetur his verbis, *Desinit esse debitor*, &c. id est, qui debitor revera erat ita desinit esse debitor, ut omnis obligatio expuncta censeatur; etiam naturalis; & ideo si solverit tanquam indebitum condicet. Verum id intelligendum est de *justa* exceptione, deque eo qui nactus est exceptionem justam nec ab æquitate naturali abhorrentem; *justam*, ut vocatur quoque, *l.* 1. §. *denique*, *D. quod vi aut clam*, & justa defensio, *l.* 3. *Cod. de iis qui in princ. cred.* Exemplum, uti dixi, in chirographo reddito, vel reddi jusso; quæ hujus l. species est: item si pactum de non petendo secutum fuerit, si debitor juraverit: dequo v. vel *tit. Inst. de Exceptionib.* & *tit. D. de condict. indeb.* Si judicio absolutus fuerit: vel præscriptio intercesserit, quas species hic Græci ponunt. His sane casibus omnibus desinit omnino quis debitor esse, fit ut nec naturalis quidem obligatio remaneat. Atque huc jam pertinet, quod dicitur in *l. Stichum* 95. §. *naturalis* 4. *D. de solutionibus*, *naturalem obligationem, ut pecunia numeratione, ita JUSTO pacto vel jurejurando ipso jure tolli: quia vinculum Æquitatis, quo solo sustinebatur, conventionis ÆQUITATE dissolvitur.*

Ergo his casibus, indebite solutum condici poterit, ut in commune condictio indebiti ex bono & æquo introducta dicitur, *l. hac condictio* 66. *de cond. indeb.* & indebiti soluti condictio, naturalis, *l. indebiti* 15. *eod.* Aliud fuerit, si *injusta* sit exceptio, & ab æquitate naturali abhorrens: veluti, ut in eadem de chirographo quod debitor nactus est, specie maneamus, si debitor per errorem creditoris vel heredum ejus, vel do-

lo vi metuve chirographum nactus sit, aliisve malis artibus, vel pactum aliud subsecutum sit, uti petere liceat. Non ilico scilicet qui chirographum suum nactus est seu recuperavit, vel cum quo pactum de non petendo initum est, debitor esse desinit: sed qui juste. Illa denique exceptio prodest, quæ justa est, quæque æquitati naturali convenit: quæque justa replicatione elidi potest: non quæ injusta est, quamque ABHORRET æquitas naturalis: nam & illa proprie exceptio est, non ista: quia exceptio omnis æquitate nititur. Ex his jam apparet, quam parum hujus Reg. sententiam assecutus sit Accursius, & bona interpretum pars. Apparet, hic DESINENDI verbo, designari eum qui revera, initio contractus vel negotii, debitor erat, verum qui NACTUS est ex postfacto justam quandam exceptionem: & sic qui ante exceptionem natam debitor erat. Hæc enim vis est vocis *desinendi* (de quo ad *l. non potest videri desiisse infra*) quamquam & improprie quandoque *desinere* dicitur quod nec cœpit, *l.* 3. §. *desinere* 1. *D. usufr. quæst. caus.* Eademque vis est vocis *Nactus* est.

De AMBIGUI *sermonis interpretatione.*

LXVII. IDEM (*Julianus*) *libro octuagesimo septimo Digestorum.*

*Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, * quæ rei gerendæ aptior est.*

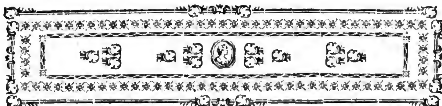
* *accipietur* Vulg. & Haloand.

DE AMBIGUI sermonis, quæ Græcis *ἀμφιβολία*, interpretatione seu resolutione; est hæc e Julianeis postrema Regula: qua quæritur, quænam interpretatio ibi adhibenda sit? Et definitur, *eam sententiam potissimum excipiendam*, i. suscipiendam, admittendam, a Judice scilicet quæ rei gerendæ aptior est. Est, inquam, hæc Reg. de Ambiguo, de quo sunt tres aliæ præterea leges, puta *l.* 85. *in princ.* 96. 172. *h. t.* *Ambiguum* est, quoties idem sermo duas sententias exprimit, ut *h. l.* dicitur: *δίχως νοεῖται*, quod in duas pluresve sententias trahi potest, ut *libro* 2. *ad Herennium*, quod duas pluresve res significat: ut Cicero *de inventione n.* 27. Nam quæ aliæ hoc titulo Regulæ occurrunt, sunt de aliis obscuri speciebus, puta *lex* 9. 34. *sup. l.* 114. *l.* 155. §. 2. *l.* 200. *infra*. Atenim hæc nostra proprie est de amphibolia & ambiguo sermone, seu ancipiti, duas sententias exprimente. Aliud est proprie *obscurum*, aliud *ambiguum*: ut recte Quintilianus *l.* 7. *cap.* 10. *Amphiboliæ*, inquit is, *lis in diversum trahit: seu amphibolia duæ res significantur, & quod ad scriptum vocemque pertinet in utramque par est partem*: *In obscuro sermone quæritur quid dictum sit, in ambiguis utrum hoc vel illud*: Quamquam & *obscuri* appellatione venit quoque ambiguitas: De qua singularem olim librum scripserat idem Julianus: unde supersunt hodienum tres leges, puta *lex in substitutione, D. de vulgari & pupill. subst. lex qui duos mulos* 62. *de leg.* 3. *l. si is qui ducenta, D. de rebus dubiis*. Igitur ab hac Reg. separandæ sunt species illæ obscuri quæ ab aliis hic apponuntur, veluti, si cum duo Titii essent, paterfamilias & filiusfam. testator dixit, *Titius tutor esto filio meo*. Etsi verum sit utrobique jus idem statuendum esse; nempe, eam interpretationem seu sententiam potissimum excipiendam, admittendam, ubi vox aut sermo ambiguus vel obscurus est, quæ aptior sit geren-

rendæ rei; id est, quod innumeris aliis legibus docemur, ut ne actus alioquin inutilis aut frustraneus sit, ut in specie *leg.* 109. *D. de leg.* 1. *l.* 34. §. 1. *D. de legat.* 2. ut actus seu res qua de agitur, magis valeat quam pereat, & in tuto sit, ut in *sp. leg. quotiens* 12. (quæ & ipsa Juliani est) *D. de reb. dub. & leg. ubi est verborum ambiguitas* 21. *eod. tit l.* 80. *D. de V. O. l.* 16. *in princ. D. ad SC. Trebell.* Secundum subjectam materiam, ut in *sp. leg.* 15. §. 4. *D. locati*, *l.* 8. *C. eod. tit.* & *l.* 125. *sup. de V. S.* &, ut hac R. dicitur, ea sententia excipienda est, quæ rei gerendæ aptior est: sive de Ambiguitatibus legum agatur, *l. in ambigua* 29. *D. de legibus*, ubi dicitur, *in ambigua voce legis eam potius accipiendam esse significationem, quæ* VITIO CARET: *præsertim etiam cum voluntas legis ex hoc colligi possit:* sive de Ambiguitatibus dubioque quæratur in hominum actibus: iique sive actus judiciales sint, sive extrajudiciales: Nempe si proponatur ambigua actio vel exceptio, *commodissimum* est, id est æquissimum, id accipi quo res qua de agitur magis valeat quam pereat: *l. quotiens* 12. *D. de rebus dubiis:* adde & *l.* 172. *infra*. Et hæc de actu judiciali. Spectatur & hæc Reg. in actu reve extrajudiciali, veluti in ultimis voluntatibus, de quo v. *l.* 9. 109. *de legat.* 1. *l.* 34. §. 1. *de leg.* 2. *d. l.* 16. *in princ. ad Trebell.*: in contractibus & stipulationibus: ut in *l. ubi* 21. *de reb. dub.* ubi Paulus dicit, semper in dubiis id agendum, ut quam tutissimo loco res sit bona fide contracta: in *l. quotiens* 80. *de V. O.* ubi Ulpianus pariter ait, *commodissimum* esse id accipi, quo res qua de agitur in tuto sit. Pertinet autem hujus Reg. nostræ species proprie ad Ambiguitatem in *Contractibus*, ut præbet argumentum libri proxime sequentis 88. Juliani Digestorum, qui & ipse de *Contractibus* est: Nam ex lib. 87. unde hæc l. desumpta est, nullum argumentum suppetit, cum unicum hoc exinde fragmentum extet.

Ergo si ambiguus sermo, qui scilicet duas sententias exprimit, in contractu aliquo proponatur, ea sententia sequenda est, quæ aptior est rei gerendæ, id est rei seu negotio & contractui qui inibatur, ejusque adeo naturæ & conditioni. Extra hunc finem, si non agatur de natura & conditione contractus, eoque sustinendo, verum ambigua tantum sint pacta & conventiones, quæ contractui extrinsecus adjiciuntur, tum adversus eum qui pactum adjecit interpretatio facienda est, *d. l.* 96. 172. *infra*, *h. t.* Duo proinde gradus illi notentur intepretationis adhibendæ in ambiguo sermone, vel si ambigua sit intentio seu actio, quod utilius est actori accipiendum est, *d. l.* 172. *infra h. t. & leg.* 66. *de judiciis*. Quintiliani locus hic omittendus non est, lib. 7. cap. 9. ubi resolvendæ amphiboliæ tres rationes reddit. *Amphiboliæ autem omnis in his erit quæstio, aliquando uter sit secundum NATURAM magis sermo, semper utrum sit ÆQUIUS, utrum is qui sit scripsit ac dixit, sic VOLUERIT.* Resolvi scilicet ait amphiboliam ex *Natura*, quomodo hic & *l.* 172. ex re gerenda, ex Æquitate, pariter ut *l.* 85. *l.* 192. §. 1. & ex conjectura voluntatis ejus qui scripsit dixitve, pariter ut l. 96. *infr.* Rhetores quoque Græci, & in his Hermogenes in partitionibus cap. περὶ ἀμφιβολίας 14. hac in re διάνοιαν τοῦ νομοθέτου urgeri spectarique scribunt. Facessat hinc proinde jam species quam Græci hic apponunt in emptore pharmaci: de quo si ambigatur, utrum bonum vel malum emptum sit, id æstimandum ex qualitate emptoris Medici & venatoris.

QUINTA



QUINTA REGULARUM

Collectio, seu Systema.

MISCELLÆ REGULÆ DECEM,

Ex variis brevibusque nonnullis trium Jurisconsultorum (Pauli, Ulpiani, Javoleni) libris desumptæ, quinque legibus comprehensæ, puta *l.* 68. 69. 70. 71. 72.

De jure SINCULARI: *ejusque duabus speciebus.*

LXVIII. PAULUS *libro singulari de dotis repetitione.*

In omnibus causis id observatur, ut ubi persona conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat: Ubi vero genus actionis id desiderat, ibi ad quemvis persecutio ejus devenerit, non deficiat ratio auxilii.



E *Jure singulari*, seu de BENEFICIO, legali scilicet, est hæc Pauli Regula, pariter ut tres aliæ, puta lex 141. *in pri.* 162. 196. Quod quidem Jus singulare *beneficii* quoque & *auxilii* vocabulis hic exprimitur: Et sane singulare Jus non melius definiveris, quam id esse, quod contra tenorem rationis (propter aliquem favorem, sive causæ, reive aut actionis, sive personarum conditionis, vel propter utilitatem aut necessitatem aliquam) beneficii & auxilii vice publice tribuitur. A qua definitione neque ea recedit quæ proponitur in *leg. jus singulare* 16. *D. de ll.* & item quæ educitur ex *d. leg.* 141. *in princ. supra*. Modestinus in *leg.* 196. *infra b. t. privilegia* dixit, quæ huic gemina germana est. Dixi, propter favorem, sive causæ reive aut actionis, quo pertinet hæc *lex in fin. & dict. lex* 141. *D. in princ.* 196. *infr.* sive personarum conditionis, ut *initio hujus l.* vel propter necessitatem, *d. l.* 162. vel propter utilitatem, *d. l.* 16. ubi interim notanda synopsis aliqua Regularum, quæ hoc titulo in argumento de *jure singula-ri*

ri versantur. Et distinctio in utraque lege, hac inquam, & *dict. l. 196.* proponitur, inter beneficia Juris personalia & causæ seu actionis.

1. Non est igitur hæc R. accipienda de *Pactis privatorum*, etsi verum sit eandem in iis distinctionem obtinere, puta pacta personalia ad heredes &c. non transire, realia transire, *l. 7. §. pact. D. de pact.* 2. Non item spectat ad beneficia Principum singularia, etsi verum sit pariter, ea persona deficiente quoque deficere *l. 1. §. permittitur, D. de aq. pluv. & æstiv.* 3. Non item accipienda est de Beneficiis Testatorum seu Legatis: de quibus etiam est *lex prox. invito*, veluti servitutis legatæ, in quibus & hæc distinctio obtinet *l. 6. D. de servit. legat.* ubi eleganter, legatum, quod rei seu prædio datum est, vocatur *plenum Legatum*. 4. Tandem non est accipienda de *Concessione liberali* privati, etsi & ibi distinctio eadem obtinet *l. pen. de servit. rustic.* Quæ quidem interim varia beneficiorum genera hic notanda sunt. Quid igitur? Est hæc R. pariter ut *d. l. 196. infr.* de jure publico singulari, & de juris seu Legali beneficio auxilioque: & quidem circa *actiones exercendas, excipiendas*, ubi duæ species Juris singularis proponuntur. Unum quod personæ datum est, alterum quod generi actionis. Nempe jure comparatum est, ut actiones & exceptiones latius modo, modo strictius pro favore aliquo singulari exerceantur, excipiantur. *In omnibus causis* igitur hac l. ita accipiendum est, in omnibus actionum generibus, ut ostendunt sequentia verba, ubi *genus actionis*, item *persecutio* &c.

Exemplum peti oportet ex actione Rei uxoriæ, sive *de dotis repetitione*: quod manifeste docet inscriptio hujus legis. Est enim ea desumpta ex Pauli libro singulari *de dotis repetitione*. Ponamus igitur exemplum geminum in hac actione, ac primum in ea excipienda; quam speciem quoque habet hic Theodorus Hermopolites. Marito scilicet beneficium seu auxilium illud *προνομιον* tributum est dotis nomine soluto matrimonio convento, ut in quantum facere potest, non ultra, conveniatur, id est, sic ut ne prorsus egeat, de quo jam aliquid dictum est ad *l. 28. supr. h. t.* & dicetur adhuc ad *l. 173. in princ. infr.* Atenim heredi ejus vel fidejussori post solutum matrimonium dato non idem præstandum est beneficium, non eadem exceptio, quia personale est, & cum persona extinguitur, *l. 12. 13. D. sol. matrim. & l. exceptiones 7. D. de exception.* Reverentiæ enim maritali id tribuitur, *l. un. §. cum autem, Cod. de rei uxor. action.* ne scilicet repente inops fiat, qui mulieris olim fuit dominus, ut Harmenop. *lib. 4. tit. 9. §. 14.* vel ut Theodorus Hermopolites *ad d. l. 173. infr.* *αισχυνεται ο νομος παρρησιαν δουναι τη χθες και πρωτην συγκοινωνω τυ βιυ, παντως απογυμνωσαι τον ιδιον ανδρα*: seu ut idem ad hanc legem dicit, *δια γαρ την θαλψιν και την αιδω τυ ανδρος εκεινο απο τυ νομου δεδωρηται.* Similiter, ut quod & aliis personis conceditur, veluti patri, patrono, socio, donatori: *d. l. 7. de exception. l. 24. 25. D. de re judic.* (qui tamen hujus l. casus non est, quod Accursius credidit) de quo jam quoque *ad l. 59. supr.* Alterum exemplum (& magis conveniens huic Reg.) ponendum est in Muliere ipsa dotem repetente: Notum est duplex jam olim privilegium mulieri tributum in dote repetenda; privilegium, inquam, *ordinis*, & beneficium *tacitæ hypothecæ*: Illud scilicet, ut creditoribus omnibus personalibus & chirographariis præferatur, *l. 2. D. de jur. dot. l. 17. §. ult. & ll. seqq. de reb. autor. jud. istud.* ut in bonis mariti tacitæ hypothecæ jus habeat, & a quibuscunque possessoribus bona mariti vindicare possit: Additum est & postea tertium privi-

privilegium a Justiniano; *l. assiduis C. qui potior in pign.* ut mulier omnibus creditoribus etiam anteriorem hypothecam habentibus praeferatur: Ut haec tria privilegia mulierum sunt, ita alio atque alio Jure censentur: Privilegium scilicet ordinis ad heredes non transmittitur, *l. un. C. de privileg. dot. & d. l. assiduis*, quia personale est. Mulieri enim ideo beneficium istud ordinis & praelationis datum est, ut dote repetita facilius nubere denuo posset, quae ratio in herede cessat. Secundum privilegium tacitae hypothecae in bonis mariti, non mulieris personae cohaeret, verum causae tributum est: & ideo ad heredes transmittitur *l. un. §. 1. C. de rei uxor. action. §. fuerat, Inst. de action.* Postremum privilegium singulari Justiniani beneficio nonnisi ad liberos transmittitur. Alia nonnulla dicentur ad *d. l. 196. infr.* quae huic omnino concordat. Sed & quaestionem hanc, utrum privilegia & quando & quomodo ad alios transeant seu transmittantur, ex professo tractat Nicolaus Noalius *tractat. de transmissione, casu* 23. Et specialius adhuc materiam transmissionis privilegiorum dotis plene tractatam invenies per Baldum Novellum *de dote* 12. *part. princ.* per Campegium *in simili tractatu de dote, part.* 1. *quaest.* 81. 82. per Martam in *l.* 1. *quaest.* 4. *D. sol. matrimon.*

BENEFICIUM *invito non detur.*

LXIX. IDEM (PAULUS) *libro singulari de adsignatione libertorum.*

Invito beneficium non datur.

DE BENEFICIO est haec Reg. pariter ut lex super: Illa, de legali proprie: haec de beneficio a privato seu testatore oblato. De quo quaeritur, utrum id invito alicui aliquando dari seu obtrudi possit? Quod quidem beneficium regulariter tale est, tale munus, talis beneficentia, ut quemadmodum a mera id beneficium praestantis voluntate judicioque, nulla vero juris necessitate, proficiscitur, ita & id ei qui suae spontis est arbitriique a se spernere liceat?

Et vero ait Paulus hac R. generali, non dari beneficium invito: Quod & ipsum ostenditur *l.* 156. *in fin. infr. h. t.* ubi dicitur: *Invito non tribui quod cuique pro eo praestatur.* Scilicet ut nemo invitus beneficium dat, *l. donari* 82. *infr.* ita vice versa neque invito datur: quin licet beneficium cuique spernere, fastidire. Beneficiorum haec summa est, si illis uti non licet: contra definit esse praemium, si cui necessitas imponitur: beneficium non est accipere cogi: quam in sententiam v. quae Seneca, 2. *de benef. cap.* 18. 19. Plinius, *in Panegyrico*. Ait vero lex *Beneficium*: Alia enim ratio est (quae velut exceptio tamen male ad hanc Reg. a nonnullis adducitur) officiorum & munerum publicorum & civilium, quae utique invitis impinguntur, *l.* 31. *Cod. de Episcopis*, *l.* 18. §. 16. *D. de munerib. & honor.*: & in invitos: sic invito pupillo tutor datur, *l.* 5. *&* 6. *D. de tutoribus & cur dat: l.* 2. *in princ. &* §. *Divus*, §. *si quidem*, *D. qui pet. tut.* Quanquam neque invitus proprie dici potest; qui nec velle potest. Primus igitur hic interpretum error est, quod de officiis ad hanc Reg. tractant, hancque primam velut exceptionem hic perperam apponunt. Rursum ait lex *beneficium*: non quidem in sp. hujus Reg. legale seu publicum, quod jure publico defertur, i. privilegium, vel

jus singulare: quo sensu *beneficii* vox effertur in *l. super:* verum privatum beneficium; pariter ut in sp. *d. l. 156. §. ult. infr.* Qua parte secundus error est interpretum, & in his Placentini & Accursii, qui de privilegiis seu de jure singulari, quæ beneficia publica sunt, hanc quoque legem accipiunt, eoque ampliant: etsi verum quoque regulariter ibi sit, privilegium seu beneficium, quod lege seu jure publico cui defertur, non dari invito: quia respuere id, eique renunciare cuique licet, jurique adeo pro se introducto, *l. pen. Cod. de pactis*. Nam & ita mulier Senatusconsulti Vellejani beneficio renunciare potest, *l. ult. §. pen. D. ad SC. Vellejan.* Ita minor restitutionis beneficium a Prætore impetratum fastidire & contemnere potest, *l. si judex 41. D. de minorib.* ubi hæc quoque ratio redditur, quia unicuique licet contemnere hæc quæ pro se introducta sunt. Ita Falcidiam heres remittere potest, *l. potest 71. D. ad l. Falcidiam*, ita Trebellianicam, *l. qui totam 45. l. si heres 68. §. 1. D. ad SC. Trebell.* Ita hereditatem quisque ut testamento delatam ita & legitimam & bonorum possessionem respuere potest, seu invito hereditas non adquiritur, *l. 3. §. invito, D. de bon. poss. l. nec emere 16. Cod. de jure delib. l ult. Cod. unde legitimi & unde cognati*, quia hereditas & bonorum possessio interdum damnosa est, *l. 32. mandati*, secum tribuunt commoda & incommoda: proinde nemo invitus alieno æri adstringitur. Ita fori præscriptioni cuilibet renunciare licet, *d. l. pen. Cod. de Episcop. l. pen. Cod. de pactis*. Ita debitor diem solutionis lege præstitutum antevertere potest, de quo dixi ad *l. 17. supr.* Non, inquam, de hoc beneficiorum legalium genere hujus R. species proprie accipienda est, verum de privato beneficio, munificentia, liberalitate. Quod docet inscriptio hujus l. est enim ea desumpta ex Pauli libro singulari *de adsignatione libertorum:* Scilicet adsignationem liberti a patre sibi factam filius repudiare potest, *l. 1. §. sed si is, D. de adsign. libert.* Cujus rei effectus hic est, ut repudiata adsignatione ab eo cui libertus adsignatus est, liberi repudiantis nil præcipui habeant, seu libertum parenti suo adsignatum vindicare non possint, verum libertus adsignatus fratrum communis fiat, *d. §. 7.* Eadem ratione & liberalitas seu donatio, quæ beneficii genus est, invito adquiri non potest, *l. hoc jure 19. §. non potest, D. de donat.* seu, ut loquitur lex *nec emere 16. Cod. de jure delib.* nemo cogitur donatum adsequi. Ita emancipari liberi inviti non possunt, *l. 15. in fin. Cod. de emancip. liber.* Paulus 2. *sent. 25. §. ult.* Novella 89. *cap.* 11. Ita Romanam civitatem recusare nemini non (ita enim legendum) servorum licitum est, *l. ult. §. 2. Cod. de testam. manumiss.* Et sane quosdam olim se nec manumitti seu domini potestate exire voluisse, patet ex Exodi, *cap. 21. v.* 1. & Querolo Plauti: Ita invitum debitorem creditor ipse liberare non potest, *l. si debitor 91. D. de solut.* ubi tamen vide quæ Paulus notat ad Labeonem. *Tertio* ex his jam apparet de tertio quorundam errore, qui ut hanc l. cum aliis, ubi beneficium invito dari videtur, concilient, ita hanc l. ex inscriptione interpretantur, ut ad solam libertorum adsignationem nimis arcte eam restringant: sicut & Rævardus in hac unica specie hujus Reg. interpretatione defungitur: Nam genuina quidem species & hypothesis hujus Reg. hæc est, verum & ad alios nihilominus casus similes ea aptanda venit, veluti donationes, concessiones, emancipationes, liberationes: est enim hæc Reg. generalis in sua specie, seu in genere suo. Quarto, ex his quoque apparet de quarto interpretum errore, qui hanc hujus Reg. rationem reddunt: *Quod liceat unicuique favori pro se introducto renunciare:* Hæc ratio

tio quippe proprie pertinet ad beneficia legalia, seu privilegia, juraque singularia, quæ lege jureque publico deferuntur: cum hæc lex sit de beneficiis privatis. Et quidem (quod quinto observandum est) de eo beneficiorum genere, quæ pro eo cui deferuntur, inducuntur: Id quod tum ex propria hujus Reg. specie, quatuorque illis quæ modo dixi, exemplis constat, tum expresse quoque ex *d. l.* 156. §. *ult. infra:* Aliud enim fuerit, ut primæ nunc objectioni occurram, si alterius quoque utilitatem beneficium quod defertur spectet: ut ecce 1. potest tertius aliquis creditori pro debitore invito solvere, *l. solvendo* 39. *de negot. gest. l. solutione* 23. *l. solvere* 53. *l. si debitor* 91. *de solutionib. l.* 27. *de constit. pec. Inst. quib. mod. toll. oblig. in princ.* de quo dicam adhuc ad *d. l.* 123. *in princ. infra:* non modo odio debitorum (qui ferme tricones nummarii sunt, ut quidam dixit) verum, quia, ut recte Paulus de Castro notavit, solutio, creditoris quoque, non debitoris modo utilitatem continet. 2. Ita quoque servus heres institutus, necessarius heres & liber fit: quia honori testatoris id datum est, *l. ult. Cod. de necess. servis*, §. *necessarius, Inst. de hered. qual.* 3. Ita quoque, liberalem causam defendere aliquo invito, propinquo licet: quia servitus cognati ad propinquorum injuriam spectat, *leg.* 1. *& seqq. ad* 7. *usque, D. de liberali causa*. 4. Ita patri pro filio omnimodo præstanda restitutio est, licet filius nolit, quia patris periculum vertitur, qui de peculio tenetur, *l. patri* 27. *D. de minoribus*. 5. Ita denique Clericus ex Juris Pontificii seu Canonici disciplina fori præscriptioni renunciare non potest, *cap. si diligenti ext. de foro compet.* quia scilicet beneficium hoc ordini datum autumant: de quo rursum ad *d. l.* 156. §. *ult.* Et sic apparet, de eo beneficii genere hanc R. accicipiendam, quod pro eo tantum cui competit, datur. Et sic quidem hæc Reg. nullo negotio conciliatur cum quatuor illis postremis, quas apposui speciebus. Quare & ut tertiæ objectioni cuidam (quæ a vulgo Interpretum ad hanc Reg. velut exceptio male additur) occurram, aliud quoque fuerit, si tale mihi non tam beneficium, quam officium generale, naturale, καθολικὸν ponas, quod in commune salutis suæ sive æternæ sive corporis per ἄγνοιαν improvidis, ex humanitate & pietate debetur: nam & hujusmodi quoque beneficium officiumque invito datur. Ideo scilicet, pro damnato qui ad supplicium ducitur, etsi non mandaverit, sed adquiescat sententiæ, imo etsi resistat adversus provocationem, appellare licet, *leg.* 6. *D. de appellat.* quia & nemo auditur perire volens, & hominis interest hujusmodi beneficio hominem affici. Quid quod nec invitus proprie dicitur, qui voluntatem ita pravam gerit, quo etiam pertinet illud Augustini *ad Bonifacium*, quod furenti & phrenetico & indisciplinato filio medicus & pater salubriter etiam invitis beneficia præstant, medicus illum curando, pater illum ligando, *cap. ipsa pietas* 23. 9. 4. Ita pupillo, quod & jam antea notavi, invito tutor datur.

Tandem ait lex, *beneficium invito non* DATUR, id est, cum effectu & incommutabiliter; quod sexto loco hic observandum est. Quare, ut quartæ objectioni occurram, necquicquam obstat species *l. etiam invitis* 32. *de adquir. rer. dom. & l. servus* 62. *D. de V. O.* ubi per servum invito domino, imo & vetante adquiritur pene ex omnibus causis (excepta hereditate & possessione, nisi pro peculii causa) neque enim incommutabiliter id adquiritur, verum prima tantum facie fronteque: neque enim dominus per servum adquisita retinere cogitur, *l.* 19. §. 2. *D. de donationib.* Hoc vero

peculiari ratione, sed civili, evenit: quia in persona servili adquisitio ne momento quidem stare potest: & ut ea consistat, subjicitur, substernitur, substituitur vi ipsa legis potestateque juris, domini persona (qui effectus etiam est dominicæ potestatis) ex qua servus χαρακτηρίζεται, characterem adsumit, ut Theophilus recte scribit.

Ex superioribus jam omnibus patet, cum *beneficii* vox late alioquin accepta, complectatur quoque beneficia legalia seu publica, quæ *privilegia* vel *singularia jura* vocantur: item ea, quæ tertii quoque alicujus utilitatem continent: item ea quæ jure naturali & communi humanitatis lege præstantur vel civili ratione, attamen hæc l. *beneficii* vocem proprie accipiendam, de eo 1. quod a privato, 2. nulla juris necessitate, 3. pro eo, seu ad utilitatem ejus unius cui id defertur præstatur.

De GLADII, *&* COERCITIONIS *jure: utrum mandari possit.*

LXX. ULPIANUS, *libro primo, de officio Proconsulis.*

Nemo potest Gladii potestatem sibi datam, vel cujus alterius coercitionis, ad alium transferre.

EX Ulpiani libris de Officio Proconsulis duæ Regulæ desumptæ sequuntur. Quarum prior hæc ad tractatum de *Mandata* seu *delegata Jurisdictione* aperte spectat: de *Jurisdictione*, inquam, id est, de publica Juris dicendi, statuendi, exequendi, super quacumque re POTESTATE (qua postrema voce hæc ipsa lex utitur) Nam ita Jurisdictio recte definitur ex *l.7. in fin. D.de offic. Procon. l.ult. C.ubi & ap. quem cognit.*) Nam & *Jurisdictionis* appellationem ad causas quoque criminales pertinere apparet ex *tit. de jurisdictione l. 1. D. de offic. ejus cui mand.l. 2. §. 23. D. de O. I.* Porro cum alia jurisdictio sit specialiter DATA, id est lege vel beneficio Principis specialiter alicui concessa (id enim vox DATA significat *hac l.*) alia vero vi ipsa jureque Magistratus competat; de priore, de DATA, inquam, specialiter, ac nominatim de data gladii vel cujus alterius coercitionis potestate, hac regula quæritur, utrum is qui specialiter datam hanc potestatem accepit, AD ALIUM TRANSFERRE eam possit, id est utrum is cui specialiter hujusmodi jurisdictio *data* est, alteri eam *demandare*, delegare possit? Id quod hac lege abscise negatur: NEMINEM videlicet id facere posse: *Neminem*, inquam (quæ species hujus legis propria est) id est, ne Proconsulem quidem Legato suo mandare posse. Est enim hæc regula desumpta ex Ulpiani libro 1. de Officio Proconsulis: imo exscripta ex pleniore *l. solent 7. in princ. D. de offic. Proconf.* Proconsules scilicet ut Legatos suos habebant, quibus in provincia jurisdictionem suam, si quando vellent, demandarent, quia ipsimet omnibus ex æquo non sufficerent: ita speciatim in *d. l. solent*, id tractavit Ulpianus, utrum Proconsul posset cognitionem *custodiarum* (id est, audientiam de reis criminum qui custodia tenentur) Legatis suis mandare? ubi definit, Proconsulem summo jure id non posse: Subjecta hac generali R. nostra pro ratione. Et idem tamen mox addit, *solere* etiam hanc cognitionem Proconsules mandare, id est hoc genus mandati extraordinarium esse sustinerique: ita tamen, ut quod potissimum est, Legati exequi non possint: posse quidem eos audire custodias, sed non

non posse aut liberare aut damnare. Ac si diceret JCtus, ipsa rerum necessitate adigente, ab hac R. nostra aliquatenus recedi, ita tamen adhuc recedi, uti quod principale est, exercere mandatarius seu delegatus non possit, sed præparatoria tantum, quamlibet & ipsa meri imperii sint. Quibus concordat elegantissima Papiniani *lex* 1. *D. de offic. ejus cui mand.* Exemplum porro ponit Theodorus Hermopolites, ex ævi sui usu in Drungario, Eparcho, & similibus.

Ut autem hæc R. rectius adhuc intelligatur, de tribus videndum est. 1. Quidnam sit proprie *Gladii* potestas. 2. Quo sensu, quæ altera *coercitio data* a gladii potestate *hac l.* distinguatur. 3. Quæ denique Ratio sit, cur neutra regulariter demandari possit.

I. *Gladii* igitur potestas generaliter quidem accepta, nihil aliud est quam merum imperium: Nam & ita merum imperium JCtus definit in *l. 3. D. de Jurisdict. gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos.* Quare inter se hæc convertuntur. *Merum* autem *imperium* dicitur, non quia summum sit, non quia separatum a privata utilitate, non quia lege specialiter datum (etsi verum sit specialiter id dari:) verum quia secretum, i. non cohæret cum ordinaria Jurisdictione, & sic respectu mixti imperii & opposite ad id quod Jurisdictioni cohæret, *d. l. 1. §. ult. in fin. D. de offic. ejus cui mand.* vel cui Jurisdictio inest *l. 3. D. de Jurisdict.* id est, quod Jurisdictionem & magistratus partem vi ipsa magistratus sequitur. Per *gladii* porro potestatem merum imperium definitur, non materialiter, quasi merum imperium sit, ubi gladio tantum animadvertere magistratus potest; non exemplariter: non a maxima sui parte: verum a *Symbolo*, quia meri olim Imperii symbolum gladius erat. Hinc adeo jus & potestas *gladii* seu *ferri*, etiam apud exteros Scriptores, pro mero imperio effertur. Est igitur merum Imperium, seu gladii potestas, provincia, sic ut dicam, criminalis; plenaque modis omnibus coercitio, atque animadvertendi jus in facinorosos. Quare non malè hic Græci, qui vertunt *δίκαιον τι τιμωρεῖσθαι καὶ ἑτέρους κολάζειν*.

II. Et hac tamen R. (quod secundo loco hic observandum est,) a gladii potestate distinguitur. *Quæ altera coercitio*, id est, specialis aliqua coercitio a generali gladii potestate seu coercitione distincte data. Meri scilicet imperii jus non eodem sese semper modo habuit. Nam, ut non omnibus Magistratibus, ut non in omnes personas: ut non in universo semper territorio, ita nec omnimodo semper tribuebatur, seu non omnes partes meri imperii unam in personam semper concurrebant: Hinc adeo Consul gladii jus olim habebat, & relegandi tamen jus non habuit, *l. 14. D. de interdict. & relegat.* Præses item qui jus gladii alioquin & in metallum dandi habebat, deportandi tamen jus non habuit *l. 6. §. 1. d. tit. de interd. & rel. l. 2. D. de pœnis leg. 1. §. 3. D. de leg. 3.* Imo hodie neque jus confiscandi habet, etsi jus gladii habeat, *l. un. C. ne sine jussu Princ. cert. Judic. lic. confisc.* Præfectus denique vigilum jus habebat atrociter verberandi, jus gladii non item *l. 3. §. 1. & l. 4. D. de offic. præf. vigil.*

Ergo ex his jam conficitur, *Gladii potestatem*, cum omnes alioquin meri imperii species seu partes designare soleat, *l. 3. D. de jurisdict.* hac tamen indicari specialiter & proprie vitæ adimendæ potestatem: *qua altera* vero *coercitione* designari graviores alias pœnas, non vitam, sed libertatem, aut civitatem adimentes, veluti in metallum damnatio, deportatio &c. quæ tamen & ipsæ meri imperii sunt, *l. 8. §. a Præfecto D. de*

de pœnis, *l.* 1. §. *a Præfectis D. de legat.* 1. *l.* 6. §. 1. *D. de interdictis*. Et certe ita quoque in *l. illicitas* 6. §. *penult. D. de offic. Proconſ.* jus gladii diſtinguitur a poteſtate in metallum dandi. Alioquin coercitio levior, cujus fit quoque mentio in *l. Prætor* 7. §. 2. *& in l. non ſolum* 11. § 7. *D. de injur.* quæ mixti Imperii eſt, indubie in alium transferri poteſt, *l. ult.* §. *ult. de off. ejus cui mand. Juriſd.* verum ut dixi, non de modica coercitione hic agitur, de qua *l. oſſa* 8. §. 2. *D. de religioſis*, ſine qua Juriſdictio nulla, vana, ridicula, elumbis eſt, *d. l. ult.* §. *ult.* veluti, mulctæ dictio, pignoris capio corporis prehenſio, incarceratio, vincula, verbera, quo pertinet Ciceronis locus *lib.* 3. *de legibus: Magiſtratus*, inquit, *nec obedientem & noxium civem multa, vinculis, verberibuſque coercento*: denique, ſine hac modica coercitione juriſdictio expediri non poſſet. Non, inquam, de hac modica coercitione hic agitur, ſed agitur de graviore, quæ ſcilicet DATA eſt lege: id enim hic ἀπὸ τοῦ κοινοῦ repetendum eſt: Quæ ideo ſeverior coercitio, vel major animadverſio vocatur, *l. ſi quid erit* 11. *D. de off. Proconſ. l. ult.* §. 5. *Cod. de modo multlarum*: Imo, ut hic ſimpliciter, coercitio, pro graviore *l.* 1. *D. de termino moto*: & ſimpliciter quoque animadverſio *l.* 1. §. *qui mandatam, D. de off. ejus cui mand. eſt Juriſd.*

III. Ex his jam apparet, quod poſtremo hic loco tenendum eſt, de *Ratione* hujus Reg. Ideo ſcilicet merum Imperium ſeu jus gladii alicui datum vel quæ alia coercitio, gravior ſcilicet ad alterum transferri, id eſt, alteri demandari ἄλλῳ ἐντείλασθαι, μετεντέλλεσθαι non poteſt, quia perpetua hæc Juris regula eſt, ut quæcunque ſpecialiter lege vel SCto vel conſtitutione Principum tribuuntur, mandata Juriſdictione non transferantur, ſeu transferri non poſſint: quam regulam proponit Papinianus *d. l.* 1. *de off. ejus cui mand.* Cujus ipſius Reg. ulterior ratio hæc eſt, quia Magiſtratus ipſius ſeu officii genus a lege, &c. delectum eſt, beneficioque adeo legis habet uſum & exercitionem hujus juris, non proprio jure: Caveſis enim dicas, induſtriam electam, quod recte refutavit Bellonius. Omnium vero poſtrema ratio, cur merum imperium non competierit vi magiſtratus, ſed ſpecialiter lege tributum fuerit, hæc eſt, quia merum imperium Populus ſub libera Republica ac poſtea Princeps Republica in Principatum verſa, ſibi ſervaverat; utpote in quo ageretur de ſumma omnium re, puta de capite hominis, de vita, inquam, adimenda, de ſervitute injungenda, de civitate auferenda, deque exilio & coercitione corporis irrogandis, *leg. ſi quis forte*, 6. 7. 8. *D. de pœnis*. Quare quibus merum imperium demandatum erat, *ii publici judicii exercitionem habere* dicebantur, *publici*, id eſt populici viceque populi, *d. l.* 1. *D. de offic. ejus cui mand.*

Ex ſuperioribus tandem apparet, perperam cum hac l. miſceri alteram illam Regulam, quæ ab hac diverſiſſima eſt, totoque cœlo differt, quæ continetur *l.* 123. *infra*, ubi dicitur, *Neminem alieno nomine lege agere poſſe*: ut *ad eam* plenius oſtendetur.

CO-

COGNITIONE seu DECRETO *Magistratus quando opus sit.*

LXXI. IDEM (*Vlpianus*) *libro secundo de Officio Proconsulis.*

Omnia quæcunque causæ cognitionem desiderant, per libellum expediri non possunt.

DE COGNITIONIS Prætoriæ & Proconsularis forma est hæc Reg. pariter ut *l.* 105. *infr.* Hac definitur, quando DECRETO Magistratus, verbi gratia, Proconsulis, opus sit: quænam contra per nudum LIBELLUM expediri possint: Nempe, ubi causæ cognitio desideratur, per libellum id expediri non posse, & sic decreto opus esse: ubi non desideratur, expediri id per libellum posse. Id inquam definitur *hac leg.* quæ decerpta est ex *l.* 9. *§.* 1. *de Off. Proconf.* cuique ex hoc eodem Ulpiani *libro* 2. conjungendæ sunt *lex* 42. *de minor. lex excusare D. de excus. tutor.* & *lex* 6. *de accusation.* de quo mox plura. Officium igitur Proconsulis, atque adeo cuiuscunque Magistratus Populi Romani, ab Ulpiano hac Reg. instruitur: non quidem (quæ veterum Interpretum sententia fuit) quasi ea id indicetur, Magistratum edicto suo non delegare eas causas, vel non posse Judicem dare, in iis causis, in quibus causæ cognitio desideratur: Quam sententiam primus Joannes Faber, posteaque Budæus, & utriusque nominibus suppressis Alciatus & Petrus de Stella recte refutarunt, refutavit quoque Bellonius, *de mand. Jurisd. cap.* 8. *qu.* 7. *num.* 18. 19. Verum, ut cognitioni Proconsulari modus & ratio præscriberetur; differentia videlicet, non inter Magistratum & Judicem datum aut Delegatum facta, verum inter expeditionem per libellum, & expeditionem cum causæ cognitione & Decreto per eundem Proconsulem. Duplex videlicet hæc cognitionis Prætoriæ, atque adeo & Proconsulis forma olim fuit: nempe, ut quædam per libellum expediri possent, in aliis vero decreto (*pro tribunali* scil.) opus esset: Hinc adeo, adire Rectorem provinciæ *pro tribunali* & *per libellum* opponuntur in *l.* 2. *Cod. quem. testam. aper.* & delato ad Prætorem vel Præsidem provinciæ libello quid fieri, & confici apud acta causis probatis *l.* 6. *Cod. de prædiis minor.* Per libellum, igitur, id est, ad solam partis supplicationem, seu delato libello, & sic per nudam subscriptionem ad libellum, citra causæ cognitionem, & adversario non vocato; de cujusmodi ad libellos subscriptionibus videnda est *lex* 39. *D. de falsis l.* 15. *D. de in jus voc. l.* 3. 5. *tit. Cod. Commination. Epistolas, Epigramm.* Ut solent ea ferme quæ moram non patiuntur, vel etiam ea, in quibus periculum nullum subest: ut sunt allegationes excusationum, quas tutor proponit *leg.* 13. *§.* 10. *D. de excusat. tut.* ut alimenta cui constituantur *l. si quis a liberis, §. si vel parens, de agn. lib.* Aliæ vero causæ sunt, quæ ut pro Tribunali expediri debent, ita causæ cognitionem omnino desiderant exactam, sedulam, & adhibito consilio decretum, plenam decreti interpositionem, ut recte hic Gl.

Atque hæc est Reg. hujus sententia, quæ ut dixi repetita extat *l. nec quidquam* 9. *§.* 1. *D. de offic. Proconf.* (sed cui vitiose inscribitur *liber* 1. de officio Proconsulis, aliter atque P. Faber & Labittus, qui hanc ex illa emendari volunt). Et sane conjunctio *legis* 25. *D. de excus. tut.* hanc quoque conjecturam juvat, utpote in qua ex eodem *libro* 2.

de

de officio Proconsulis dicitur, *Tutorem per libellos non posse se excusare*, id est, ut maxime causas excusationis allegare possit, (ut jam ostensum est *ex l.* 13. §. 10. *D. eod. tit.*) Attamen in admittenda excusatione causæ cognitionem & decretum desiderari, neque per libellum expediri posse. Confirmat id ipsum ex eodem *libro* 2. *lex* 6. *D. de accus.* ubi dicitur, *Proconsulem oportere levia crimina audire & discutere de plano*. Tandem hoc ipsum arguit argumentum illius *libri* 2. in quo diserte actum fuit Ulpiano de forma modoque cognitionis Proconsularis.

Maneat itaque, per *libellum*, item *de plano* expediri non posse, quæ causæ cognitionem desiderant: Exempla hæc sunto: Tutoris datio, confirmatio, quia causæ cognitionem desiderant, per libellum & de plano expediri non possunt, sed causa cognita & per decretum *l.* 7. §. 1. *D. de confirm. tut.* Idem in excusatione tutoris: neque enim excusare se tutor potest per libellos, *d. l.* 25. *de excus.* quæ, ut dixi, ex eodem libro desumpta huic conjungenda est. Idemque de suspecti Tutoris remotione dicendum est *l.* 4. §. 1. *D. de suspect. tutor.* Idem de transactione super alimentis, de quo v. post alios Scip. Gentilem *de alimentis cap.* 22. Idem si disceptetur, ubi morari vel educari pupillum oporteat *l.* 5. *D. ubi pupillus educari*, (quæ ex Ulpiani *libro* 3. de officio Proconsulis desumpta est). Idem sentiendum de alienatione prædiorum minoris *l. minorum 6. C. de præd. & aliis rebus minor.* Idem de restitutione in integrum *l.* 32. *D. de minor.* de qua in integrum restitutione hoc ipso *libro* 2. Ulpianum egisse docet *lex* 42. *D. de minor.* Idem in dilationibus tribuendis *l.* 4. *C. de dilation.* Idem in manumissione a minore 20. annis facienda, *l.* 15. §. 1. *D. de manum. vindict.* Idem in accusatione publicorum criminum, & vice versa in eorundem abolitione, ut docet *d. lex* 9. §. 3. *de offic. Proconf.* (quam libro secundo restituendam dixi) & *d. l.* 6. *D. de accusat. l.* 1. §. *abolitio*, *D. ad SCtum Turpill.* Postremo idem sentiendum de decretali & extraordinaria bonorum possessione, veluti Carboniana, *l.* 3. §. *si causa* 8. *de bonor. possess. l.* 3. §. *causa cognitio*, & §. *pen. D. de Carbon. edicto*, *l.* 2. §. *dies*, *quis ordo in bon. poss.* Nempe hæc omnia, uti causæ cognitionem desiderant, ita per libelli subscriptionem vel de plano expediri non possunt, sed decretum requirunt.

Ab hac tandem Reg. multum distat, quod dicitur *l. de unoquoque* 47. *D. de re jud.* de unoquoque negotio præsentibus omnibus quos causa contingit, judicari oportere. Quam tamen Gl. hic in prima sp. tentabat: ubi per libellum accipi volebat, id est per sententiam latam partibus absentibus, & ad eos velut epistola missa.

PIGNORANDI *jus num pars sit usufructus.*

LXXII. JAVOLENUS *libro tertio ex posterioribus Labeonis.*

*Fructus rei est, vel * pignori dare licere.*

* *vel*, pro etiam, saltem, καὶ τὸ δύνασθαι, Græci.

DE PIGNORANDÆ rei alienjus jure seu licentia est hæc Reg. qua quæritur, utrum id jus pars fructus sit: & sic utrum jus istud (nam hic hujus l. scopus est sensus-que

que, mox ut ostendam) ad fructuarium quoque pertineat? Et definitur, sive a Javoleno, sive a Labeone, *fructum rei esse, vel pignori dare licere*. Quæ quidem Reg. totidem verbis repetita extat *in l. ult. D. de usuris; fructib. & mora*. De cujus tamen sententia hactenus adlaborant Interpretes.

Post Joannem, Bulgarum & Accursium, recentiores pene omnes hanc Reg. accipiunt de *Domino* ipso, seu de proprietario rei alicujus, hoc sensu; In rei vindicatione venire quoque in restitutionem seu æstimationem commodum, quod Dominus rei percipere potuisset ex re sua, vel pecuniam quæ sibi mutuaretur, hac ratione inveniendo, vel ejus compos permittendo tertio cuidam eam pignori dari: Nam & ita evenire potest, ut videlicet non tantum alteri commodare rem possim, ut eam pignori dare possit, sed etiam mercede locare, *l. 5. §. rem tibi 12. D. commod. l. pen. Cod. eod. l. 19. §. 1. de præscript. verb.* & compendium aliquod inde facere, si cui permittam mercede interveniente alteri rem meam pignori obligare, quemadmodum & pecuniam quis accipere potest, ut pro alio se obliget & fidejubeat, *l. 19. §. 1. de donat.* Verum hæc sententia & falsa est, & aliena. Falsa: nam æstimatio utilitatis illius in jure nostro non admittitur: Ea quippe demum utilitas, id demum interesse, in æstimationem venit, quod circa ipsam rem est, (quod intrinsecum quidam vocant) eique proxime cohæret, non vero commodum negotiationis, vel lucrum interceptum apparet ex *l. si sterilis 21. §. 3. D. de action. empti*. Aliena rursum hæc sententia est: quia hac Reg. non agitur de danda seu *concedenda* alteri a privato, rei alicujus domino, ejus pignorandæ licentia, verum de *licentia a jure data* alicui seu competente rei alicujus alienæ pignorandæ: *Fructus*, inquit, *rei est, vel pignori dare licere*. Non item est hæc Reg. de fructibus, quos *Creditor* ex rebus pignori acceptis percipit: de quibus agitur *l. 41. §. ult. D. de hered. petit.* ad quam tamen nonnulli hanc R. adnotant, ut nec de pignorandi licentia, quam creditor habet, de quo *Cod. si pignus pignori*, &c. Quid igitur? Referenda est hæc Reg. ad FRUCTUARIUM, cui legatus est verbi gratia rei alicujus ususfructus: Actum quippe Javoleno lib. 3. posteriorum Labeonis, de legatis: ut ostendit *lex 10. D. de supellect. leg. l. 28. de rebus dubiis:* & nominatim quidem de usufructu legato: ut apparet ex *l. cum usumfructum 24. D. quibus modis ususfr. amittatur*, quæ ex eodem libro desumpta una cum duabus superioribus huic l. coassanda venit. Neque tamen, quod Glossa putavit, differentia hic indicatur inter proprietarium & fructuarium: quasi id indicetur, dominum rei fructum etiam hunc in re sua habere, ex ea percipere, quod rem pignori dare possit, non etiam fructuarius: Nam imo de jure fructuarii est hæc Regula, posse scilicet fructuarium usumfructum suum pignori dare, quod etiam definitur *l. si is qui 11. §. usufr. 2. D. de pignoribus, & l. 15. D. eod. tit.* non quidem, ut rem ipsam seu proprietatem pignori dare possit, quod utique non posse & ratio & textus expressi ostendunt, in his *lex interest 6. C. de usufructu*: verum usumfructum seu perceptionem fructuum quam in eo habet. Usufructuarius scilicet non tantum fructus pendentes, ut in sp. *l. & quæ 15. D. de pignoribus*, sed & usumfructum ipsum suum pignori dare potest, non fructuariam rem. (Quod tamen ipsum hac l. indicari quidam putant) sed perceptionem fructuum seu ususfr. ut loquitur JC. in *l. si ususfr. 66. in fin. D. de jur. dot. l. si postulaverit 27. §. 11. D. ad l. Jul. de adulter.* Quanquam neque adeo incommoda hæc ipsa sententia fuerit, si modo *cum causa sua* rem pignori dare posse usufructuarium

dicamus, quamdiu scilicet usufructus consistit, & dummodo salva sit rei substantia. Sed nos cum JC. nostris loqui malumus, ut scilicet usufructuarius usumfructum suum pignori dare possit, non rem. Et cur quæso eum usufructuario pignori dare non liceret, cum & concedere & locare & vendere & precario concedere alteri & donare possit, §. 1. *Inst. de usu & habit. l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *l. cui usufructus* 67. *D. de usufructu*, *l. si is qui* 11. §. *usufr.* 2. *in fin. D. de pignoribus* (ubi Papinianus hoc argumento utitur a jure vendendi, ad jus pignorandi) *l. necessario* 8. §. 2. *D. de periculo & comm. rei vend.* ? Et certe fructuarius fructuum ratione domini appellatione continetur, *l.* 8. *in princ. D. de reb. auct. Jud. possid.* & ususfructus bonorum appellatione venit: de quo v. Castillum *de usufr. cap.* 52. *num.* 10. 11. Cyriacum, *controv.* 490. *num.* 2. Summa igitur ratione id facere potest fructuarius: ea scilicet quæ hic redditur ratione, quod *fructus rei sit vel pignori dare licere*: Nempe (quæ paraphrasis est hujus Reg.) *Fructus rei est* (quasi pars fructus seu ususfructus est, ac proinde ad usumfructum & fructuarium quoque pertinet) VEL, (id est etiam hoc, vel hoc ipsum), *ut fructum pignori dare liceat*: ac si diceret, cum ad fructuarium pertineat omnis utilitas rei, omne emolumentum l. *Mævius* 66. §. *fundo* 6. *de leg.* 2. omnis fructus, ut dicitur *l.* 7. *D. de usufructu*, vel fructus emolumentum, *l. cum filius* 76. §. *dominus* 2. *de leg.* 2. certe & hanc utilitatis fructusque partem esse ut pignori dare ei liceat. Pignori dandi licentia, & ipsa fructus pars est, & utilitatem continet: sic enim debitori creditur §. *ult. Inst. quib. modis re*, & eximitur molestia quærendi fidejussoris. Apage sis ergo mihi eorum subtilitatem, qui de fructu *causali*, id est qui causæ seu proprietati cohæret hanc Reg. accipiunt, quasi proprietatis & hic fructus sit, hæc utilitas, ut rei dominus rem suam pignorare possit. Ut & illa sententia improbanda, quasi id hac Reg. definiatur, posse proprietarium formalem usumfructum in re sua constituere, & quidem pignori eum dando, *l.* 1. *Cod. si pignus pignori*. Id enim utrumque verum licet sit, attamen ad hanc Reg. non pertinet. Est item absona hujus Reg. interpretatio, quam etiam qui de *pignoribus* haud ita pridem commentabatur, amplexus est, quasi id hac Reg. dicatur, etiam eum, qui tantum rem pignori dare potest, qualis est *creditor*, censeri aliquem ejus fructum habere: Gravis enim hic error est, cum *fructum* hic pro utilitatis & emolumenti specie quadam accipiunt: *fructus* enim hic est jus utendi fruendi. Ergo & hoc ipsum in fructu est, seu ususfructus pars est, quod eum fructuario pignori dare liceat. Quod quidem Jurisconsultus scripsisse videtur ad differentiam *usuarii*: Usuario scilicet, qui nudum usum habet, usum suum pignori dare non licet: (quod sane colligi quoque potest ex *l.* 11. *D. de usu habit.* & §. 1. *Inst. eod. tit.*) fructuario licet, quia *fructum* habet, id est omnem rei utilitatem: cujus pars est & hæc ipsa pignoris dandi licentia. *Licere*, ait lex, jure scilicet id enim hac voce indicatur *h. l.* & *l.* 21. 41. *in princ.* 144. *in princ.* 197. *h. t.* Quare & illa jam conticescat quæstio, pace clarissimorum virorum, utrum ex Æquitate tantum, an ex rigore juris id fructuario liceat: cum LICERE id *h. l.* dicatur: Et quod Papinianus in *d. l.* 11. §. *ususfructus* 2. *D. de pignorib.* dicit, *tuendum creditorem*, id non eo sensu dicitur, quasi ex æquitate tantum Prætoria id sustineatur, verum quia Prætoris est legem sequi & exequi: & quidem *exceptione* data creditori hoc casu adversus proprietarium, si creditorem cui ususfructus a fructuario pignori datus est turbet, seu pulset. Id enim est

eſt TUERI : ſic ut non ideo uſusfructus amittatur, ſi fructuarius uſumfructum ſuum pignori det: neque enim hic modus eſt uſusfructus finiendi : de quibus alioquin modis finiendi uſusfr. hoc ipſo libro tertio egit Javolenus in *d.l.24.D.quib.mod. uſusfr. amittatur.* Ergo fructus ſeu uſusfructus rei ipſo jure pars eſt, VEL pignori dare rem fructuariam : VEL, i. *ſaltem, hoc ipſum, iſtud etiam :* quomodo paſſim hæc vox effertur : ut vel in illo Virgilii : *vel Priamo miſeranda manus :* item: *Carmina vel cælo poſſunt deducere lunam*, v. Donatum in *Terentium :* & Servium, *in Virgilii loca illa*. Et hactenus quidem de genuina hujus R. ſententia adverſus Interpretes. Ut mirum videri poſſit in hac quæſtione utrum fructuario uſumfr. pignori dare liceat, nonnullos, etiam Merlinum, qui *de pign.* ultimo loco ſcripſit, *lib.* 2. *t.* 1. *quæſt.* 22. ne mentionem quidem hujus *l.* feciſſe: quæ tamen eam in rem expreſſa eſt. Item ex his quoque quæ ſupra dicta ſunt, apparet de Triboniani errore, qui hanc ipſam l. ſeu Regulam collocavit ſub titulo *D. de uſuris & fructibus*. Neque enim de fructibus hic agitur, qui cum uſuris ambulant, verum de fructibus, qui uſusfructus jure percipiuntur: niſi eadem opera voluiſſet Tribonianus eodem titulo totam uſusfructus materiam ibi coacervare, vel ſane (quod & alibi ſæpe eveniſſe ſcimus & vero notandum eſt) Tribonianus ibi aliam Regulæ illius mentem eſſe voluit : nempe fructuum partem hanc quoque venire in præſtationem, quod eam rem pignori dare licuiſſet, atque hac ratione rem facere. Quod tamen ego non credam propter ea quæ ſupra jam diximus.



SEXTA REGULARUM

Collectio, seu Systema.

MUCIANÆ REGULÆ.

MUCIANÆ *Regulæ quinque hac unica l. proponuntur; Mucianæ, inquam, id est desumptæ e Q. MUCII SCÆVOLÆ libro singulari* ὅρων, *id est sententiarum seu Regularum & definitionum, quas ex jure in foro pridem receptas, neque dum tamen scriptas, primus Q. Mucius Scævola certum in corpus compegerat, & sic (quod Pomponii de eo judicium est in* l. 2. D. de O. I.) *primus Jus civile constituerat* generatim id in libros decem & octo redigendo, *cujus etiam pater decem libellis jus fundaverat. Ut proinde, non antiquior ulla collectio Regularum in tota Jurisprudentia Romana inveniatur. Ex eodem alioquin libro* ὅρων *Mucii desumptæ supersunt tres aliæ Regulæ, puta* lex 141. D. de V. S. l. 64. D. de adquir. rer. domin. l. 8. D. de aqua quotid. *Porro quam male hujus R. inscriptio concepta fuerit in Haloandrinis Pandectis, jam olim ostendit Anton. Augustinus*, lib. 1. Emend. cap. 4. pag. 42. *& post eum Balduinus* in Jurisprud. Muciana pag. 158. *Postremo notandum ad Mucii Scævolæ Regulas scripsisse quoque Pomponium: ex cujus libris sunt infra quatuor Regulæ in* l. 203. 204. 205.

TU-

TUTELÆ *consequens hereditas quando sit.*

LXXIII. *Quintus Mucius* * *SCÆVOLA libro singulari* ὅρων.

Quo tutela redit, eo * *hereditas pervenit: Nisi cum fœmina heredes intercedunt.*

* Quintus Mucius Sempronio. Quo tutela redit, &c. ita Haloand.
* et Haloand.



RIMA isthæc e Mucianis R. *ad Tutelas legitimas* pertinet, & in summam argumentum continet seu suppeditat, ab onere tutelæ, ad commodum hereditatis: Quod etiam Bulgarus agnovit. Et sic, quod recte dixit Accursius, est hæc lex filia legis *secundum naturam* 10. *sup.* ubi dicitur, *secundum naturam esse commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda*, nam & ea Reg. simile argumentum in legatis ab onere ad commodum proponitur. Ait vero lex: *Quo tutela redit, eo pervenit hereditas*: Quo, i. ad quam personam, non ut Accursius, ad quem locum. Et quanquam τὸ ἀντίστροφον, contraria inquam & conversa argumentatio, procedendo seu argumentando ab hereditatis commodo ad onus tutelæ, vera sit, & magis usitata, quia videlicet exemplo hereditatum, legitima adgnatorum, patronorum &c. tutela primum *inducta* fuit *l.* 1. *D. de legit. agn. tut. leg.* 1. *D. de legit. patr. tut.* §. *ult. Inst. eod. tit.* Sed & alibi argumentum & exemplum ab hereditatibus ad Tutelas desumitur, *l.* 7. *D. de cap. minut. l.* 25. *D. de legit. tut. l.* 4. *C. de leg. tut.* §. *ult. Instit. de legit. agnat. l.* 3. *Cod. de curat. furioso, Novella* 118. *cap.* 4. & 5. Non ideo tamen audiendi sunt Basilicon auctores, Harmenopulus *lib.* 5. *tit.* 8. Theodorus Hermopolites, aliique Interpretes nonnulli, & in his quoque Placentinus, Accursius, Cujacius ipse (etsi tandem utramque lectionem defendi posse dicat) Balduinus *in Muciana Jurisprudentia, pag.* 158. ut & Hotomannus 6. *obs.* 5. Antonius Faber, Giphanius, aliique, qui converso ordine scripturæ hanc R. scriptam contendunt, vel saltem intelligendam & commodius scriptam iri censent, ita: *Quo hereditas redit, eo tutela pervenit*: vel ita: *Quo hereditas pervenit, eo tutela redit*: Quomodo & Græci ὅπου κληρονομία, ἐκεῖ καὶ ἐπιτροπή. quia scilicet hereditas trahat tutelam, non vero tutela hereditatem: Utrovis enim modo hæc R. concipiatur, nil interest: sic enim & Gajus in Inst. *tit. de tutelis*: *Is*, inquit, *qui proximus fuerit ad tutelam, ipse proximus est ad hereditatem*. Nequicquam etiam obstante altero argumento, quod desumunt ex subjecta huic R. exceptione, *fœmina* videlicet: quæ hereditate potitur, non tamen & tutela, *l.* 1. & 10. *D. de legit. tut.* quam exceptionem convenire non putant, nisi ita concipiatur Regula: *Quo hereditas* &c. Nam imo hæc exceptio optime congruit mox ut palam fiet. Ait lex. *Quo tutela* REDIT. Quorum verborum quis sensus sit videndum est. Sane ita quoque hereditas seu successio *redire* dicitur *l.* 37. *de testam. mil. l.* 69. & *l. cum pater* 77. §. *cum pater* 7. *D. de legat.* 2. *l.* 3. *si quis omissa causa test. l.* 11. *de test. tutel.*

tutel. d. l. 10. *in pr. de gradib.* Et in veteri stemmate, *Hereditates quemadmodum redeunt*. Terentius quoque *in Hecyra*. *Ad hos redibat lege hereditas*. Et in Andria. *Ejus morte ea ad me lege redierunt bona*. Cicero 1. de Oratore: *Ejusdem hominis hereditatem gente ad se rediisse dicerent*. Quod tutelam attinet, ea pariter *redire* dicitur, non tantum *h. l.* sed & ab Ulpiano in *l.* 11. §. 1. *de testam. tutela*: cujus hæc verba sunt: *si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, deinde excusatus sit tutor testamentarius, adhuc dicimus in locum excusati dandum* (alium) *non ad legitimum tutorem REDIRE tutelam. Quod si tutor testamentarius datus decesserit, ad legitimum tutela* REDIT. Paulus quoque *l.* 10. *in pr. D. de gradib. Legibus hereditates & tutela ad proximos quosque REDIRE censuerunt*. Pro quo idem dixit REVERTI tutelam, in *l.* 6. *in f. de legitima tut. Intestato parente mortuo, adgnatis defertur tutela. Idem dicemus, si tutor testamento datus adhuc filio impubere manente decesserit: nam tutela eius ad adgnatum REVERTITUR*. Verum duplex Interpretatio adferri posse videatur, eodem semper sensu: Prior accepta voce REDEUNDI, pro simplici obvenire, deferri. Secundo possit hoc specialius pertinere, non ad quamvis tutelam legitimam delatam, obvenientem, verum ad legitimam ex intervallo successive redeuntem & successivam: ut *redire* dicatur legitima tutela, quæ aliquo tempore per testamentarium ferme tutorem, vel per proximiorem agnatum interim sopita seu exclusa, alterutro mox penitus deficiente, ordine successivo, legitimo alii defertur, cui reapse primo delata non fuerat. De quo tutelæ legitimæ redeuntis per successionem genere est *lex* 3. §. 9. *D. de tutela legitima, & §. penult. vers. maxime cum inst. de agnator. success.* Si posterior interpretatio admittitur, tum species huic R. hæc aptanda fuerit: Tutor testamento datus est extraneus? Utique cessat interim legitima agnati tutela, quæ agnatum ipso jure respiciebat. At quid fiet, si tutor testamentarius decedat? sane, hoc casu legitima tutela *redibit*, aliquamdiu sopita interclusa, ad agnatum. Vel finge ita ex *d. l.* 3. §. 7. 8. 9. *de legit. tut.* & ex *d.* §. *pen.* Proximo agnato legitimam tutelam delatam? Sane si hic aut mortuus aut capite minutus fuerit, nondum finito tutelæ tempore, successive *redit* tutela ad eum qui proximior post illum gradu est: Eadem ratione finge unius patroni filio tutelam delatam? Sane *eodem casu*, id est, proximiore capite minuto, ad nepotem ex altero Patrono tutela *redibit*, seu successio admittetur. Hi, inquam, casus hoc posteriore sensu hic figurari posse videantur. Sed enim prior interpretatio, quæ & simplicior est, magis placet, voce scilicet *redeundi* accepta pro obvenire, deferri. Hactenus de Reg. quam recte conceptam ex his apparet. Nunc de exceptione Regulæ: *Nisi*, inquit, *cum fœmina heredes intercedunt*. Nempe enim cum fœmina proximior intercedit, tutela ad alium redit seu pertinet, ad eam hereditas pertinet. Finge, consanguineum esse pupillo, & agnatum remotiorem? Ad hunc tutela redibit, non hereditas: & sic alibi est tutela, alibi hereditas. Vel finge, casum in libertinis: si sit patrona, & patroni filius, tutelam hic obtinebit, hereditatem patrona: Tantundem erit & si sit patroni filia & nepos patroni, *l.* 1. §. 1. *D. de legat. tut.* Sic apparet, hanc R. recte conceptam, & apposite exceptionem de fœmina illi subjici, non minus, quam si ita *quo hereditas redit*, concepta fuisset. Extra hanc exceptionem, regula verissima est: *Quo tutela redit eo hereditatem pervenire* & vice versa. Ideo JC. in *d. l.* 1. §. 1. *D. de legit. tut.* posteaquam *initio l.* dixerat, successionis exemplo tutelam legitimam inductam & deferri, limitationis & exce-

exceptionis vice subjicit INTERDUM *alibi esse hereditatem, alibi tutelam*: exemplis subjectis, quæ modo edisserui, de fœmina intercedente. Sane vetustissimo quoque jure onus tutelæ primo agnatorum gradu deficiente, ad sequentem agnatum per successionem deferebatur, & tamen hereditas non perveniebat, seu hereditatis successio non erat. Mox tamen Prætor, quo tutela rediret, eo & hereditatem pervenire voluit, iis vocatis ad hereditatem ex cognatorum ordine. Tandem Justinianus plenissime ex ordine agnatorum eos vocavit de quo est singularis textus in §. *pen. Inst. de legit. agnat. success.* Solius igitur fœminæ intercedentis exceptio hic proponitur. Sed quæri potest, numnon etiam hac Reg. additum seu exceptum oportuerit, *nisi Minores heredes intercedant?* Ad hoc respondeo, jure Justinianeo inspecto idem de minoris interventu dicendum esse: Nempe eo jure minor ad tutelam non vocatur, §. *minores*, *Inst. de excus. tut. l. ult. Cod. de legit. tut.* Ideo Tribonianus, qui pleraque menti Justiniani accommodavit, ubique hæc verba reposuit, *cum perfectæ ætatis essent*, ut *l. tutelas*, *D. de tutelis*, *l.* 4. 8. *D. de leg. tut. l.* 1. *D. de fidejuss. tut.* & ut maxime tutela ad eum non redeat, is tamen hereditate potietur: Aliud vero respondendum est ex Muciana Jurisprudentia, unde desumpta est hæc Reg. Nempe, etiam ad minorem olim tutela redibat, seu ad tutelam pupillus ipso jure vocabatur, sic tamen ut administratio Curatori permitteretur ex ea Juris Reg. Tutorem habenti tutorem dari non posse: de quo v. Ulpianum, *duobus locis*, & §. *minores*, *Inst. de excus. tutor.* v. & ad aliquid, §. *interdum*, *Inst. de curatorib.* Hac igitur de causa hac Qu. Mucii R. excipitur tantum fœmina, non & minor ætas. Et ita quidem jam hæc Reg. intelligenda venit, stabiliendaque ejus lectio, quam novatores quidam hodienum sollicitavere: Etsi verum sit, ut dixi, quod sensum attinet, nil interesse utrovis modo ea concipiatur: verum enim est regulariter, alterum sine altero evenire non debere: sed enim hic recte conceptam contendendum est. Bonus enim Accursius male distinguebat hic inter *redire* & *pervenire*, alterumque hic pro altero positum, quodque unius erat, alteri attributum, ut ostenderet alterum sine altero alicui contingere non debere. Tandem notandum, sicut hac Reg. argumentum ducitur ab onere tutelæ ad commodum hereditatis, ita pariter *d.* §. *pen. Inst. de legitima agnat. success.* ubi Theophilus quoque: οπερ τοινυν επι τυ βαρυς της επιτροπης εκρατει, ατοπον ην μη και επι τυ κερδους της κληρονομιας κρατειν.

Cui TUTOR *testamento dari possit*:

§. Nemo potest, 1. Legis 73.

Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei quem in suis heredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset si vixisset.

SEcunda Reg. Muciana, quæ continetur §. 1. *ad Tutores Testamentarios* pertinet, ut superior ad legitimos: notiorque ea est vel ex primis juris elementis, quam ut prolixius ei sit inhærendum. Nempe quæritur, cuinam testamento suo pater tutorem dare possit? Et definit Mucius, ei demum tutorem dari a patre testamento posse, quem testator sive jam natum in suis heredibus habet, vel postumum habiturus fuisset si vixisset, id est,

id est, quos in potestate sua & sacris habiturus fuisset, *l.* 1. §. 1. *D. de test. tut. Inst. qui test. tutor.* Ad eum nempe modum laxa seu latissima potestas lege XII. tabb. tributa interpretatione forensi & auctoritate jura constituentium accisa fuit, quod Pomponius in Notis ad hunc ipsum Q. Mucium Scævolam nostrum scriptum reliquit in *l.* 120. *D. de V. S.* Unde etiam Papiniani definitio illa in *l. impuberi* 40. *D. de admin. tut.* tutelam filii jure patriæ potestatis mandari: Hinc neque emancipato pater, neque ullis liberis mater tutorem dare potest, quia ille suus esse desiit, hæc suos heredes nullos habet: Huc denique etiam referri potest, quod Pomponius Notis ad Q. Mucium scripsit in *l.* 45. *D. de leg.* 2. *& l.* 122. *D. de V. S.*

Cæterum ait Q. Mucius, nisi ei quem in suis heredibus *cum moritur, habuit*: Igitur ex Muciana Jurisprudentia non iis tantum qui ipso nativitatis momento sui sunt, tutor a patre dari potest, verum etiam iis qui in locum suorum præmortuis suis successerunt *l.* 10. §. *qui filium*, *D. de test. tut.* Quare ex l. Velleja iidem vel institui vel exheredari debuerunt, *d. l.* 10. & famosa *l. Gallus*, *D. de lib. & postum.* Tandem vera est hæc Reg. de summo jure: Et tamen non jure datus a patre tutor non suis a Prætore sine causæ cognitione confirmandus venit, *l.* 1. *D. de confir. tut.* §. *ult. Inst. de tutelis*, a matre datus nonnisi cum inquisitione, *l.* 1. *&* 4. *de test. tut.* Ait autem Mucius Scævola, *Neminem posse*, &c. & sic, quod Gl. recte monuit, etiam militem: quod probat lex 12. *D. de test. tut.*

VI aut CLAM *factum quid.*

§. Vi factum 2. Legis 73.

Vi *factum id videtur esse, qua de re quis cum prohibetur, fecit*: Clam, *quod quisque cum controversiam haberet, habiturumve se putaret, fecit.*

TErtia definitio seu Regula e Mucianis, quæ continetur §. 2. pertinet ad interdictum: *Quod vi aut clam*, & ad eam quæstionem: Quidnam proprie *vi* factum, quid *clam* videatur, ut id interdicto restitutorio revocari possit? Quod utique cum quæritur, ad vocum interpretationem & differentiam descendere necesse est. Ideo Q. Mucius Scævola, ex tritura forensi, de utroque pronunciavit, ac primum quidem *de vi*, id videri vi factum, quod adversus prohibitionem factum sit: Quam definitionem memorat simul & amplectitur Ulpianus ex hoc ipso loco, *l.* 1. §. 5. *D. quod vi aut clam.* Addiderat & Mucius (quod hic omissum est). Nihil interesse, per quem vi factum fuerit, dummodo per tuos vel tuo jussu, ut docet *l.* 5. §. 8. *&* 9. *D. d. tit.* Et ita quidem vi factum in interdicto *quod vi aut clam*, recte definitur, neque aliter definiri potest. Atenim alibi etiam citra prohibitionem vis aperte admittitur, ut passim in restitutione: *Quod vi metusve causa gestum est*: in Interdicto *de vi & vi armata*: in publico judicio *de vi*. Inquies, aperte huic definitioni obstare Ulpianum, in *l. inde etiam* 3. *in princ. &* §. 1. *de itin. actuque privato*, ubi exerte dicitur, *eum qui prohibitus utitur* (veluti servitute viæ) *clam uti*. Respondet Joannes, eamque etiam sententiam amplectitur Cujacius, id accipiendum de eo qui prohibenti prima facie adquiescit, sed postea ignorante

tante eo qui prohibuit pergit facere, eum scilicet eo casu clam facere: tracta eo *l. is qui in puteum* 11. §. *interdictum*, *D. quod vi aut clam*. Verum hæc responsio non placet: verum id quod *d. l.* 3. dicitur, restringo ad eam speciem, ubi videlicet quis initio a domino, i. domino permittente, via recte utebatur, deinde novus dominus, emptor scilicet prohibuit, & prohibitus licet, utitur seu uti perseverat. Et hæc quidem de definitione ejus quod vi factum est.

Sequitur definitio ejus *quod clam* factum. Ergo ait Q. Mucius, id clam factum videri, quod quisque cum controversiam haberet, habiturumve se putaret, fecit. Quam tamen definitionem non amplectitur Ulpianus, procul dubio veluti mutilam. Sed alteram Cassii, quæ & Servii fuit, Mucii auditoris, nulla hujus nostræ facta mentione, ceu pleniorem præfert *in l.* 3. §. 7. *& ult. & l.* 4. *D. quod vi aut clam*, idque juxta sententiam Aristonis & Servii. Neque enim is tantum clam facere videtur qui controversiam jam habet, habiturumve se putat, verum etiam is qui putare, existimare & timere debuit, quia ut eleganter dicitur *d. l.* 4. non opinionem alicujus & resupinam existimationem spectari oportet, ne melioris conditionis sint stulti quam periti. Monendum superest, Græcos male istud ita interpretari, eum clam facere qui putat se prohibitum iri si faciat.

De IN INTELLIGIBILIBUS *in Testamento*.

§. Quæ Testamento 3. Legis 73.

Quæ testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt ac si scripta non essent.

QUarta Reg. Muciana hoc §. 3. est de *Obscuro*: & quidem de eo *obscuri* genere, quod plane intelligi non potest: & pertinet ad tit. *de his quæ pro non scriptis habentur*: quo titulo hæc Reg. ex Alfeno Varo totidem pene verbis, paucis tantum adjectis, repetita extat, *in l.* 2. Non pertinet igitur ad tit. De his quæ in testam. delentur, quod Glossa primo loco tentabat: hæc quippe postrema ne legi quidem possunt, vel saltem ea legi testator noluit. Atenim, quæ secunda jam Glossæ interpretatio est, ea de quibus agitur hac Reg. etsi scripta sint maneantque, intelligi tamen non possunt: *quid* inquam *significent*, ut additur *in d. l.* 2. Sic primus ad hanc Reg. Interpretum error ruit, hæc minus distinguentium. Rursum, non est hæc Reg. de incertitudine *personæ*, ut quia obscurum est cuinam testator factum voluerit, ut quia duo forte vel plures ejusdem nominis vel cognominis sunt: Qui secundus est Interpretum error, etiam Theodori Hermopolitæ: Etsi verum sit, incerti heredis institutionem non valere, non valere legata in incertam personam collata, neque incertum tutorem etiam testamento dari posse. Non est denique hæc Reg. de *Perplexitatis* specie, de qua agitur in *l.* 16. *D. de condit. insert.* quod alioquin tertio errore Interpretes censent commiscentque, quia eventus perplexitas in ea specie vertitur, & sic impossibilitas. Tandem igitur vera hujus Reg. species ponenda est in scriptura testamento comprehensa, *quæ intelligi non potest quid significet*. Quæ & ipsa sententia, ut dixi, totidem pene verbis repetita extat, ex recentiore tamen aliquantum Jurisconsulto, Alfeno Varo lib. 5. Digestorum in *d. l.* 2.

D. de his qua pro non scripta. Effectus autem istius Regulæ seu sententiæ hic est, ut reliqua nihilominus per se ipsa valeant (& sic utilia per inutile non vitientur) quod fine *d. legis* 2. addditur 2. Quin &, si leges novas, id est, Juliam Papiam spectes, hic effectus est, ut ea qui ita pro non scripris habentur in testamento, non ad fiscum pertineant, non ad speciem caduci vergant, verum penes heredem sine onere remaneant.

ALTERI *per alterum caveri non posse.*

§. Nec paciscendo, ult. Legis 73.

Nec paciscendo nec legem dicendo, nec stipulando, quisquam alteri cavere potest.

POstrema e Mucianis Reg. pertinet ad *obligationes*, *conventiones:* & in ea quæritur: Utrum alteri quis cavere possit? *Cavere* id est obligationem adquirere, alterius negotium gerere, aliqua conventione: Id enim est *cavere*, ut apparet ex *l. avus* 33. *D. de pactis*, juncta *l. avus* 10. *D. de pact. dotal.* Et quæritur hoc de tribus conventionum speciebus: *de Pacto* primum, id est, de pacto nudo, quod contractui non adhæret. 2. Quæritur de *legis dictione*, id est, de conventione contractui incontinenti adjecta (id enim est *legem dicere*: quomodo *& l.* 23. *supr.* dicitur *conventio contractui legem dare*. Quomodo & *lex commissoria* dicitur). 3. Denique id ipsum quæritur, de *stipulatione*, quæ omnium contractuum commune quodammodo vinculum & conclusio est, adstringendæ obligationis ergo: *l. quicquid* 99. *D. de V. O. l. si dominus*, *D. de prescript. verbis*. Et tandem definitur, generaliter de his tribus omnibus: *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quemquam alteri cavere posse.* Quo etiam pertinet Pomponii tractatus in notis ad hunc ipsum Q. Mucium *in l.* 110. *D. de V. O.*

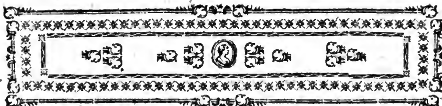
Alteri autem ait lex, id est, ut Joannes vetus Interpres pervidit, extraneo, id est, ei qui neque in potestate nostra est, neque nos in ejus potestate: Quare & in extraneis numeratur mater, *l. inter*, §. *ult. D. de pact. dotal. & l. debitor*, §. *ult. ad Trebell.* Item *alteri*, i. cujus negotia ad paciscentem nulla ratione pertinent. Aliud fuerit, quæ etiam exceptiones hic a Græcis adumbrantur, si ponas mihi alterum eundem, qui inquam, fictione juris alter idem cum altero sit: Quare & filiusfamilias (cujus vox est vox patris, propter vinculum potestatis) & servus, qui ex persona domini χαρακτηρίζεται (ut Theophilus loquitur) ex æquo & Patri & domino *cavere*, id est, adquirere possunt, *l. si tibi* 17. *in fin. & l. seq. D. de pactis*, §. *si quis alii v.* §. *quod si quis Inst. de inutil. stip.* quo pertinet Pomponii tractatus in libris ad hunc Q. Mucium nostrum, unde desumptæ sunt lex 37. 38. 39. 40. *D. de stipulat. servor.* item Modestini (si Modestini) tractatus ad eundem Q. Mucium in *l.* 53. 54. *D. de adquir. rer. domin.* Vice versa dominus servo, pater filio recte stipulatur *l. dominus* 39. *D. de V. O.* Præter superiores casus singulares, quos modo notavi, sunt & alii, in quibus alteri quis stipulari potest: puta, ubi officii privati necessitas subest, veluti tutor, curator pro pupillo & adulto, procurator & negotiorum gestor, *l.* 5. §. *pen. de const. pec.* ubi publici officii ratio; ut Syndicus civitatis: Tabelliones etiam §. *cum autem Inst. de adopt.* &c. Idem in Prætoriis stipulationibus, *l.* 3. *D. de prætor. stip. l.* 1. §. 4. *D. ut legator.* Adde & speciem *l. certi condictio* 9. §. *si nummos* 8. *D. de reb. cred.* Rur-

Rurſum hac Reg. dicitur, *Alteri caveri ab altero non poſſe:* id eſt, ubi alterius tantum vertitur utilitas; alioquin ſi tale mihi pactum, talem conventionem aut ſtipulationem pro altero mihi ponas, ubi mea quoque interſit, jam alteri recte cavere poſſum: quia non tam alteri quam mihi caviſſe videor, ut apparet ex tribus ſpeciebus *legis fidejuſſoris* 23. 24. 25. 26. *D. de pactis*, & §. *alteri* 21. *Inſt. de inutil. ſtipul.*

Ratio tandem hujus R. hæc eſt, quia obligationes, cum ex noſtro contractu originem trahant, ex noſtra perſona initium ſumere oportet, *l.* 11. *D. de O. & A. l.* 38. §. 12. *D. de V. O.* & obligationes ad hoc inventæ ſunt, ut nobis adquiramus, non aliis, §. *alteri* 19. *infr. de inutil. ſtipul.* Quod noſtra intereſt: Cæterum ut alii extraneo detur, noſtra nihil intereſt, *l. ſtipulatio* 38. §. *ult. D. de V. O.*

Poſtremo loco notandum, non eſſe cum hac l. commiſcendam *l.* 123. *in princ. infr.* ubi dicitur, *Neminem alieno nomine lege agere poſſe*: ad quem locum v. quæ notabo plura: etſi quædam ibi ſimilis ratio militat.

SEPTI-



SEPTIMA REGULARUM

Collectio seu Systema.

PAPINIANI REGULÆ X.

Totidem legibus comprehensæ, puta a lege 74. ad legem 83. inclusive.

ÆMILII PAPINIANI *Regulæ decem sequuntur*: Papiniani, *inquam, omnium Jurisconsultorum prudentissimi, maximi, σοφωτατῳ, consultissimi, excelsi, κορυφαιοτατῳ, summi, ingenii acutissimi (quæ omnia elogia ei tributa) quippe Jurisprudentiæ palmam tenuit: & in quem unum plura olim ornamenta, plures laudes recte congesta fuerunt, quam in ullum alium Jurisconsultorum: videatur saltem ex innumeris testimoniis & elogiis*, lex un. Cod. Th. de respons. prud. *& Spartianus* in Severo, *ubi* asylum Juris & legalis doctrinæ thesaurum *vocat, & Hieronymus*, in Ep. ad Fabiolam. *Cujus etiam scripta tanti olim habita, ut tertio demum anno juris studiosi ad ea accederent, atque inde, de ejus nomine*, Papinianistæ *jam dicerentur, festumque diem in ingressu auditores celebrarent.*

Ac, ut cæteroquin Papinianus summus Juris Antistes fuit, ita nominatim magnus Regularum artifex extitit; sic ut nullus ferme Jurisconsultus tot, tamque absolutas, tam æquas nobis Regulas conferat: quod summa illius sapientia & peritia fuisse Cujacius (avi nostri Papinianus ipse) monuit ad l. 38.D. de pactis. *Et paucissimas tamen (quod dolendum Regulas, neque ultra* decem, *Pandectarum concinnatores hunc in titulum retulere: Quarum & eo facilior nobis interpretatio futura est, quo luculentiores extant Cujacii* ad Papinianum *Recitationes*, etsi ab iis nonnunquam recedere fas nobis erit.

PARS

PARS I.

PAPINIANI REGULARUM,

EX LIBRIS EJUS QUÆSTIONUM.

PRocedant primum Papiniani Regulæ septem, e libris ejus Quæstionum desumptæ, in quibus videlicet Quæstiones Juris generales in thesi dubias, neque dum satis constitutas, tractaverat (undeformula illa, Papinianus tractat, in l. 6. §. si ædes, D. si serv. vind.) Eo differre quippe autumo Qæstionum libros a libris Responsorum: quod scilicet in libris Quæstionum de jure dubio in thesi agens, in uberes sese juris tractatus diffudit: in libris vero Responsorum, ad singulares facti quæstiones breviter ex jure certo constitutoque respondit.

Cæterum, & in his Quæstionum & Responsorum libris Papinianus certum materiarum ordinem servavit: ut proinde inscriptionum similitudo ad explicationem legum inde desumptarum non minus momenti habeat, quam in aliis legibus: Quicquid contra senserit Pet. Faber ad leg. 76. num. 12. neque id Cujacius ipse satis assecutus sit, vel ubique inculcaris.

ALTERI per alterum conditio iniqua num inferri possit.

LXXIV. Papinianus * libro primo Quæstionum.

Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri *.

* Quidam Codices habent & Haloand. Pomponius male. * vel ingeri.



INIQUAM alteri per alterum conditionem inferri posse negat abscise Papinianus hac Reg. quæ e Papinianeis omnium prima hic occurrit. Cujus Reg. æquitatem simul & universalitatem indicat hæc formula, *Non debet*: Quomodo in simili *l. 5. §. 5. D. de operis novi nunciatione* dicitur: *neque enim debet nocere factum alterius ei qui nihil fecit*. Imo eadem formula eodem fine sensuque usurpatur *l. 21. 38. 41. supr.* non debeo, *in l. 175. §. non debeo, infr.* ut & voce *iniqua*: ac si dixisset Papinianus, absurdam, imo iniquam omnino rem futuram, & contra naturæ jurisque præceptum, quo alterum lædere vetamur (nam ex eo fonte vel matre, ut Accursius aliquis diceret, descendit hæc Reg.) si aliter comparatum esset, idve liceret. Item ac si dixisset, nullo casu id un-

unquam admittendum esse, perpetuamque adeo hanc Reg. esse. Quod & altera voce universali indicatur, *alteri per alterum*, id est, quicunque tandem is sit, v. g. litigator in sp. hujus l. quocunque tandem obtentu, etiam judiciorum: Denique alteri, non consorti tantum, sed & alii cuicumque. Ad eandem porro æquitatem pertinet lex 206. *infr.* ubi dicitur: Jure naturæ æquum esse, neminem cum alterius detrimento & injuria fieri locupletiorem. Imo eodem pertinet & lex prox. 75. *infr.* Genuinam autem hujusce R. sententiam ut adsequamur, quæ vulgo incondita similium sententiarum congerie, & exemplorum sive specierum sylva obumbratur, in veram ejus speciem inquirendum nobis est: quo uno fiet, ut & verborum ipsorum sensum accurate adsequamur & alienis seu παρέργοις, quibus ea hactenus laborat, liberetur. Igitur observandum est, desumptam hanc Reg. e Papiniani libro 1. Quæstionum, quo is egerat de *Jurisdictione*, deque judicum datorum notione: uti liquet ex *l. 5. D. de Offic. Proconf. l. 1. D. de Offic. ei. cui mand. est Jurisd. l. arbitror 33. D. de Recept. qui arbit.* quæ ex eodem libro primo Quæstionum Papiniani desumptæ huic nostræ sociandæ seu coassandæ sunt. Quare hæc species & sententia huic Reg. aptanda venit: Non posse unam solamque ex *partibus*, sive unum ex *consortibus* μονομερῶς, Magistratus Jurisdictionem prorogare, scilicet ut is adversarium seu consortem ad incompetentem vel peregrinum forte judicem trahat, & sic non posse alteri per alterum iniquam conditionem inferri. Quod certe in tantum verum est, ut ne ex Principis quidem rescripto id fieri possit: quo pertinet *lex 9. Cod. Th. de Jurisdict. l. 1. eod. Cod. de Dilation.* (seu *l. 2. C. Justin. eod. tit.*) & *l. 16. Cod. Th. de Accusat.* & Symmachi locus, *lib. 10. cap. 62.* & Novella Marciani elegantissima: unico tantum casu excepto, extra quam scilicet si miserabilis forte persona aliqua potentiam adversarii perhorrescat: Extra hunc casum ex conventione partium tantum prorogari jurisdictio potest, *leg. 14. 15. 16. D. de Jurisdict. l. 1. 2. D. de Judic. l. 1. Cod. de Jurisd. omn. Jud.*

Et in hac quidem specie, jurisdictionis videlicet *prorogandæ* ipse adquiesco. Quanquam Cujacius Recit. *ad Papin.* & post eum Ræuardus in referendo ab arbitro die, unius ex litigatoribus consensus, speciem ponebant, *arg. d. l. arbiter 33. D. de Recept. qui arbit.* quæ indidem, ex eodem, inquam, Papiniani *lib.* 1. Quæstion. desumpta est, hoc sensu: Quemadmodum non potest judex, cui certa tempora a Magistratu præstituta sunt, (ut a Magistratu præstitui solita ostendit *lex 2. §. 2. & lex 32. D. de Judic.* & Gellius *lib. 12. cap. 13.*) ita neque arbiter compromissarius, etsi ita sumptus ut diem proferre, id est, prolatare, prodere possit, diem referre contradicentibus litigatoribus: id est, neque ex se, neque altero tantum ex litigatoribus volente: *Referre* diem, id est, anticipare, antevertere, jubendo ut partes adsint in illum vel illum diem anticipatum. Alias species a Cujacio allatas ad hanc Reg. *in comm. ad hunc titulum*, nil moror. Nos ad speciem nostram revertamur. Ergo, prorogatione unius ex litigatoribus, ad forum incompetens vel peregrinum, nemo alter trahi, seu judex incompetens adversario objici potest. Quomodo (ut & hoc exemplum extrinsecus, & tertio quidem loco, addamus) neque facto alterius alteri potentior adversarius objici seu opponi potest; & sic hoc casu iniqua conditio alteri per alterum inferri, *l. 1. & d. tit. D. de Alienat. Jud. mut. caus.* ubi similiter dicitur, Proconsulem id agere, *Ne cujus deterior causa fiat ex alieno facto*: *Causa*; inquam, pro quo *conditio* hic dicitur.

Ex

Ex his jam patet, *Conditionis* appellationem in hujus l. sp. proprie pertinere ad facultatem & conditionem agendi: *Conditionis* nempe vox personalem hic respectum, relationem & σχέσιν habet: quomodo & alias *conditionis* vox de nexu conjugali & personali usurpatur; & vero in dissolvendo eo, seu repudio, legitima hæc olim formula erat, *conditione tua non utor*. Conditio denique est nexus, vis & necessitas quædam: & sic *conditionem iniquam inferre alicui*, est alterum necessitati alicui illigare; non vero proprie damnum in re familiari irrogare, (etsi eo quoque sensu alibi CONDITIONIS VOX, in hoc argumento, efferatur, ut, *l. solvendo 39. de negot. gest. & l. 2. quod vi aut clam.*)

Quare jam ad huius Reg. speciem minus proprie afferuntur, cumque ea confunduntur, etsi ad eandem æquitatem tendant tot Reg. illæ, tot species, tot leges seu jura concordantia, quibus id efficitur, injuriam sive *damnum* in re familiari ex alterius cujuscunque, (etiam patris dominive, *l. 5. §. si pater & seq. de his quæ ut indignis*, *l. 17. de jure patron.* filii servive *l. 3. & l. filius Cod. de pactis*, aut fratris, *l. 2. §. 1. D. si quis alius test.* aut procuratoris, *l. 49. de procuratorib.*) facto, sive dolo, culpa, consilio, negligentia, desidia, errore, imperitia, malignitate, alteri inconciliari non posse, non debere, de quo sunt lex *prox. 75. lex 155. 206. infr. d. l. solvendo 39. D. de negot. gestis*: (unde speciem nonnulli hic apponunt: Similis sane regula ibi continetur: *Naturalis* inquit *simul & civilis ratio suasit, alienam CONDITIONEM meliorem quidem etiam ignorantis, & inviti nos facere posse, deteriorem non posse*) *l. electio 26. §. si absente, D. de noxal. action. l. 9. in fin. l. 10. de jurejur. l. rem heredit. 65. in fin. D. de evictionib. l. ult. ad Syllanianum, l. alienus 61. ad l. Falcid. l. quidam 25. §. si quis filium 2. D. ad SCtum Trebell. l. 5. §. servum 4. D. de his quæ ut indignis, l. 5. §. 6. D. de operis novi nunc. l. 1. §. sed & fossas 4. de aqu. & aqu. pluv. l. 1. in fin. juncta d. l. 2. D. quod vi aut clam* (ex qua etiam Cujacius speciem hic apponebat, nam & ibi dicitur, *in aliena potestate esse non debere CONDITIONEM meam nihil delinquentis deteriorem facere*) *l. 3. 23. Cod. de pactis, l. coheredib. 27. Cod. famil. ercisc. leg. ex libris ult. Cod. de adquir. rer. possess. l. 1. & toto t. Cod. inter alios: §. religiosum, Inst. de rer. divis.* Hæ, inquam, leges omnes ad eandem equidem æquitatis speciem pertinent cum hac lege, & ex eodem fonte, seu juris præcepto, quod superius indicavimus, descendunt: pariter ut illud, neminem debere alterius odio prægravari, de quo est *lex 17. D. de iure patron*. Item, neminem sine culpa puniendum, quæ hic alioquin a Decio afferuntur: vel etiam quod pœna suos tenere auctores debeat. Sed, ut dixi, non inde propriæ species ad hanc Reg. apponendæ sunt. Quomodo & *exceptiones*, quæ hic ab Accursio adferuntur magis adhuc ab hujus Reg. specie alienæ sunt, puta quandoque quem juste affligi a judice, vel a privato, ad sui defensionem vel publicam vindictam. Etsi id quoque verum sit, & publicitus quandoque iniquam privatis seu singulis conditionem damnumve ingeri posse ex justa & rationabili aliqua causa, publica utilitate id rependente: & privatos defendendo se vel publicam disciplinam, damnum alteri inferre posse, lege jureque permittente.

De

De prohibita CONSILII *mutatione in alterius injuriam.*

LXXV. IDEM (*Papinianus*) *libro tertio Quaestionum.*

NEMO potest mutare consilium suum in alterius injuriam.

CONSILIUM suum alterius in injuriam seu detrimentum mutare nemini licere definit Papinianus, hac (quæ secunda est e Quæstionum ejus libris) Regula, *Consilium*, inquam, *suum*, κατ' ἐαυ, quod quis videlicet pro se ipso capit, & sic animi sententiam, placitum, propositum mentis & voluntatem propriam, (quomodo etiam accipitur *l.* 79. quod tamen ad extra processit, non vero consilium κατ' ἐξω, quod *alteri* datur (de quo sane est lex 47. *sup.*) qua alioquin homonymia in errorem inducti Bartolus, Decius, aliique, ad hanc l. exempla ponunt in Consilium alteri dante, vel in Principe etiam in quo inconstantia vel etiam fidei semel datæ revocatio improbatur. 2. *Mutare*, inquam, vel, ut veteres etiam locutos reperio, consilium minuere. 3. in *Injuriam*, inquam, alterius, id est, damnum, fraudem, læsionem, captionem, detrimentum: quo ipso sensu *injuria* vox accipitur *l.* 206. *inf.* & in l. Aquilia, *v. l.* 5. §. 1. *D. eod. tit. ad. l. Aquil.* Et nititur hæc Regula, eadem qua superior æquitate naturali: cujus sane educendæ magnus artifex fuit Papinianus. Et cum variis ea similibus exemplis illustrari, seu comprobari possit, ac nominatim ex *l. si fundus* 4. §. *eleganter*, *D. de lege commissoria*, *l.* 5. *D. de separat. bonor. l.* 9. *D. de servitutibus*, *l.* 5. *D. de legatis* 1. *l. apud Aufidium* 20. *D. de optione leg.* germanis & genuinis speciebus contenti nunc erimus.

Papinianum igitur *lib.* 3. Quæstionum (unde hæc lex desumpta est) de duobus egisse comperio: de *Restitutionibus in integrum* (ut ostendunt *lex si filius* 30. *D. de minor. l.* 19. *D. ex quib. cauf. major. l. nonnunquam* 8. *D. de collation. l.* 36. *D. de adulter.*) & de *Receptis arbitris* compromissariis (ut docet *lex* 21. §. *Papinianus*, *de recept. qui arbitr.*) In utroque igitur argumento hujus Reg. species poni fidesque spectari potest: Et quidem in argumento de *Restitutione in integrum* sub tribus speciebus. Prima hæc esto, cum major 25. annis justis ex causis adversus factum suum, vel etiam ob justam absentiam, denique ob moram necessariam restitui possit: Quæri potuit, utrum & consilium suum, vel voluntariam moram quandoque in alterius injuriam seu damnum mutare, minuere possit, & sic adversus consilium suum restitui? De majore, inquam, hoc quæri potuit: Et vero quæsitum id fuit, in specie illa, quæ proponitur in *l.* 30. *D. de minor.* quæ ex eodem Papiniani *libro* 3. Quæstionum petita est, atque adeo huic conjungenda venit: Finge: Filius emancipatus major annis 25. vel præteritus, vel immerenter exheredatus, certo consilio legatum agnovit, vel tempore annali petendæ possessionis exclusus est? Non poterit is postea in heredis injuriam mutato consilio bonorum possessionem contra tabulas petere: quæ sententia est *d. legis* 30. Non alia utique ratione, quam ab hac Reg. petita: *Nemo* (quantumlibet filius) *potest mutare consilium suum in ALTERIUS* (quamlibet extranei) *injuriam*.

Secunda species in Restitutionum argumento (quod ab aliis jam animadversum est, etiam

etiam ab Accursio, & in qua una adquiescit Cujacius) hæc aptari potest ex *d. l. nonnunquam 8. D. de collation.* quæ indidem desumpta est, atque adeo & ipsa huic Reg. conjungenda venit: Finge: Filius emancipatus major 25. annis præteritus cum possset ab initio cavendo *de bonis conferendis*, bonorum possessionem impetrare, seu beneficium bonorum possessionis exercere, noluit per contumaciam cavere, & sic excidit beneficio seu commodo bonorum possessionis, eo quod *formam possessionis* (ut Papinianus ibi loquitur) conservare noluit? Sane non poterit postea pœnitentia ductus consilium mutare suum, cautione oblata, quod hac Reg. conficitur. Et exceptionem tamen singularem ibidem statim subjicit Papinianus, præmissa hac eleganti sententia: *Nonnunquam Prætor variantem non repellit, & consilium mutantis non aspernatur*: ubi vox *mutantis*, mutanda non est, veteri quippe scriptura ibi *mutantis* pro *mutanteis* expressum est. Quod cum Cujacius non attenderet, variis locis mutavit id in *mutantem*; idque etiam auctoritate Basilicorum Græcorum, τὸν μεταμελόμενον: quo nil opus fuit, etsi res eodem redeat. Ait vero Papinianus eo loco, *Nonnunquam*, scilicet ex quadam æquitatis specie, ut in ea quam proposui: duabus scilicet circumstantiis concurrentibus; puta si inter *fratres* de bonis paternis disputetur: item si *non sera pœnitentia*, verum intra annum delatæ possessionis adhuc consilium mutetur, alioquin voluntariam moram cautionis admittere difficilius esset: His duobus concurrentibus, ait Papinianus, benigniorem esse sententiam, ut frater hodie cautionem offerens admittatur, & recipiat pristinum jus: (quod & ipsum alioquin confirmatur *l. 1. §. si frater 10. D. eod. t. de collation.*) Ac si diceret Papinianus, non esse utique semper ad *definitionem* hanc seu Reg. qua quis consilium in alterius injuriam mutare prohibetur, recurrendum; non esse proinde ad vivum resecanda ea de quibus inter fratres disceptatur, ubi præsertim de bonis paternis dividendis agitur: Quam ipsam æquitatem, nempe quod mitius inter se agere debeant fratres de bonis paternis vel maternis, videre est in altera specie *in l. 3. C. de inoffic. testam.* & apud Paulum *lib. 4. sent. de querela inoffic.*

Duabus superioribus speciebus addatur & Tertia, cui hæc Reg. non minus aptari possit, arg. *l. 8. D. de statu homin.* quæ & ipsa ex eodem Papiniani libro descripta est: & quidem ita ut ad sensum contrarium referenda sit; Posse videlicet quemque mutare consilium suum, dummodo ne in alterius injuriam: veluti si quis volens scripserit, *servum se esse*, non propterea fiet servus, & consilium ei mutare licebit. Quo pertinet alioquin *lex de ætate 11. §. ult. D. de interrog. l. 3. §. 1. D. de cond. caus. dat. l. 37. D. de liberali causa*: *l. 6. 22. 24. 39. Cod. eod. tit.* Et hæ quidem tres species in materia *Restitutionis* in integrum huic Reg. aptari probabilibus argumentis possunt. Addatur & quarta species ex iisdem quæstionum libris in *l. sed cum 12. D. ad Trebell.*

Atenim & in argumento *de Receptis arbitris* seu compromissariis, fidem quoque invenit, seu spectatur hæc Reg. arg. *d. l. 21. §. Papinianus, D. de recept. qui arbitr.* quæ & ipsa ex eodem libro desumpta est: Finge casum in Arbitro ipso: finge, inquam, litigatores in me compromisisse, meque arbitrium in me suscepisse? Non potero ego arbiter mutato postea consilio judicium & arbitrium detrectare meque excusare, *l. 3. §. 1. d. tit. de recept. arb. Quoniam*, inquit JCtus, *non debent decipi, qui me quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt*: Addit idem: *Finge enim post causam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima & secreta negotii aperta,* arbi-

arbitrum vel gratia dantem, vel sordibus corruptum, vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere, quisquamne potest negare, aequissimum esse, ut officium suum quod in se recepit, impleat? Atque si diceret Jurisconsultus, quod hac sane Reg. definitur, mutaturum hoc facto arbitrum consilium suum in alterius e litigatoribus injuriam, quod permittendum non est. Alia adhuc ratione nec mutare sententiam semel dictam arbiter potest, *l. 19. §. 2.* juncta *l. 20. D. de recept. arbit.* (quam legem alioquin ad hanc Reg. apponunt Interpretes) sententiam, inquam, definitivam (nam praeparatoriam, qua nemo condemnatur, aut absolvitur, mutare potest) exemplo Judicum publicorum, de quo ad *l. prox.*

Fingi potest & species in alterutra parte seu litigatore, qui compromisit: Neuter scilicet, posteaquam semel compromisit, mutare amplius consilium potest in alterius detrimentum; quam in rem, v. inter alias *l. societatem 76. pro socio.*

Opponi tamen solet *lex si sterilis 21. §. ult. D. de action. empti*, ubi vendita domo, & a venditore excepta sibi *habitatione, donec viveret, aut in singulos annos decem*, definitur, quamlibet emptor primo anno decem praestiterit, secundo anno habitationem praestare posse, & sic deinceps singulis annis alterutrum, mutandae voluntatis potestate ei indulta: Idque ideo, quia in alternativis electio est promissoris: atque adeo in hac sp. emptoris, *l. plerumque 10. §. ult. D. de jure dot. l. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco:* Et nominatim in annuis praestationibus per annos singulos, quia quot sunt res, tot sunt stipulationes. Quod Bartolus rectissime sensit, quidquid contra Fulgosius. Cui etiam nec quicquam obstat *lex 76. §. 1. D. de V. O.* quia, quod ibi stipulatio in annos singulos, una stipulatio dicitur, id ideo dicitur, quia morte non finitur. Sic sane & in singulos annos legata, plura legata sunt, *tit. D. de annuis leg.* & sic nulla ibi cum alterius injuria conjuncta est mutatio voluntatis: quandoquidem qui suo jure utitur, nulli injuriam facit, *l. 21. supr. h. tit.* Idque multo magis etiam obtinet, ubi alternativa talis vertitur, qua semel defungi necesse est: quia licet promissori, quoties voluerit mutare sententiam seu voluntatem in eo quod praestaturus sit, ante litem scilicet contestatam, *l. 138. in fin. D. de V. O.* cui addatur & species *l. 106. D. eod.* Stipulatoris non eadem ratio est, qui sibi electionem sub alternativa recepit: cum enim semel elegerit, mutare amplius voluntatem non poterit: nisi talis formula intercesserit, *quem volam*: continet enim hic sermo *παρατατικὸν* quid, i. tractum temporis: & ideo donec judicium dictetur, mutandae voluntatis potestatem habet, *l. 112. D. eod. tit. de V. O.* Speciem ex praxi & nos ad hanc Reg. afferamus. Is, cui postulanti Retractus gentilitius semel sententia adjudicatus est, cum repudiare postea mutato consilio non potest: quam in rem praeter Arrestum Burdegalense, quod memorat Boerius *decis. 47.* extat & Parisiense de 10. Julii 1551. Ante sententiam sane mutare consilium posset, quia jus in rem nondum est illi quaesitum, ut judicatum fuit altero Senatusconsulto seu decreto 21. Martii 1580.

Aliud sane dicendum in *sp. l. 41. D. de Minorib.* quia scilicet in ea circumventio adversarii vertitur, quae utique facit, ut consilium mutare circumventus possit.

Aliud quoque dicendum in consilii seu animi sententiae mutatione citra alterius injuriam: ibi quippe re diligentius perpensa, inspecta, consilium mutari potest: quanquam neque hic eo sensu *consilium* accipitur: hic enim consilium est placitum, animi propo-

propositum, institutum, voluntas per externum actum solemniter declarata. Sane & ita Jurisconsulti variasse dicuntur, Papinianus ipse variasse dicitur, *l. ult. C. de furtis*: & ipse quoque id profitetur, *l. 6. §. 1. D. de serv. export.* De Marciano quoque fidem facit *lex Divi Fratres 17. D. de jure patron.* Et inter Patres quoque Augustinus *Retractationum* libros edidit, & Imperator decretum suum mutavit *in l. 17. D. de jure patron.* Denique, non est levitas ab errore discedere, non est turpe cum re mutare consilium, inquit Seneca 4. *de benef. cap.* 28. Quæ omnia tamen, ut dixi, ab hac Reg. aliena sunt, ut & quæ de Doctore consilium mutante hic cumulantur.

SCIENTIA *vera certaque ubi desideretur.*

LXXVI. IDEM (*Papinianus*) *libro vigesimo quarto Quæstionum.*

*In totum omnia quæ animi destinatione agenda sunt, nonnisi vera & certa scientia perfici * possunt.*

* & nisi ita perficiantur, ipso iure nulla sunt: similiter l. 77. *prox.*

DE *vera certaque scientia* in negotiis, quæ animi *destinatione* seu destinato animo peragenda sunt, requisita, est hæc Papiniani regula: quæ tertia est e libris ejus Quæstionum desumpta. Ea ut intelligatur, videndum prius, quidnam illud sit, quod *animi destinatione agendum* dicitur. *Animi* igitur *destinatio hic*, *& l. si avia 6. Cod. de jure delib. l. eum qui 18. Cod. de adulteriis*, *l. ult. D. de concubinis*, & simpliciter destinatio *l. 38. in princ. de adq. poss. §. ult. Inst. de hered. qual. & diff.* (quo & destinandi vox pertinet, *l. 10. D. de adq. hered.*) est, quod dicitur judicium animi, in *l. 48. supr. & l. 189. infr.* animi propositio in *sp. l. fugitivus*, *D. de V. S.* ac proinde tumultuariæ & subitaneæ sententiæ opposita matura deliberatio, διάθεσις, προαίρεσις, propositum animi, perpensum consilium, ad rem aliquam apud se statuendam. Quomodo & *destinato animo* quis domicilium habere dicitur, & *existimatione animi*, *leg. ejus qui 27. §. Celsus 2. D. ad municipal.* Sunt scilicet actus hominum quidam, qui leviore sensu, properantius, incogitantius perficiuntur & transiguntur, velut per transennam: alii vero, qui maturo nonnisi, diuque apud se deliberato, perpenso judicio, peragi solent: imo de jure peragi debent, ut valeant: *animi* ut hic dicitur destinatione AGENDA sunt, id est, jura legesque agi volunt, re diligentius explorata, ut de adquirenda hereditate dicitur in *l. eum qui 51. in fin. D. de adquir. hered.* de quo mox: consilio: ut *l. 8. §. 1. creditor*, *D. de adquir. hered.* Ac proinde nonnisi vera & certa scientia perfici debent. 1. Exemplum vulgo ponitur in *Nuptiis*, seu in matrimonio contrahendo, quod individuæ consuetudinis voto contrahitur, & in quo animi destinatio spectatur, *d. l. 18. C. de adult. l. 4. D. de concubinis*. 2. Ponitur & in *Divortio* (de quo sane Papinianus aliquid altero hujus libri fragmento egit, in *l. si uxor 42. D. de judiciis*) quod etiam non fit, nisi animi judicio, animi destinatione animoque perpetuam constituendi dissensionem, *l. quidquid 48. supr. & l. 3. de divortiis*: quod exemplum Cujacius & Ravardus ad hanc leg. apposuere: Pet. Fabro displicuit: 3. Ponitur & in con-

contractibus seu obligationibus contrahendis. 4. Et in causa possessionis, ubi error utrumque illud vitiat, item vis metusve. 5. Ponitur & in delictis, de quibus mox. 6. Ponitur & in *Testamentis:* quæ ut solemnes sunt ultimæ voluntatis seu judicii contestationes, certaque animi destinatione perficiuntur, ita in his vera & certa scientia requiri videtur, & quidem de suo statu, arg. *l. de statu* 15. *D. qui test. fac.* ubi dicitur, de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non posse: atque adeo de statu suo certum esse debere testatorem: Quod ipsum definitur & *l. 1. in princ. D. de legat.* 3. & ab Ulp. *in fragm. t.* 20. §. 11. Idemque dicendum de heredis legatariive persona, quæ & ipsa certa esse debet, *l. qui liberis* 8. §. 1. *D. de vulgari*, *l. sciendum* 70. *D. de V. S.* Ulpian. *in fragm. tit. de legatis*, §. *Inst. de legatis*. Denique plenum debet esse testantis judicium, *d.* §. 11. stabilisque mens, & sapientia, *l. ult. Cod. de test. mil.* Verum hæ species seu hæc exempla ad hanc Reg. minus mihi placent: talis enim hic actus, tale negotium quærendum est animi destinatione peragendum, quod veram *certamque scientiam* requirit, id est, explorato omnia facienda sunt, animumque certa scientia præparatum imbutum oportet, *priusquam* rem aggrediatur, ut ita actus seu negotium valeat. Quod utique Nuptiis, Divortio, Testamento non convenit, ut quæ meris *voluntatis* radicibus nituntur, etsi ea non semper ex vera certaque scientia peragantur: alia inquam est *voluntatis* Regula, etsi ea judicio scientiaque non semper vacet: alia *scientiæ*, quæ videlicet est determinatio intellectus ad aliquam partem cum certitudine. Mihi igitur omnium maxime placet exemplum *Adquirendæ hereditatis* (de qua erit quoque *lex prox.* 77.) seu cernendæ: ibi quippe ut destinatio animi inspicitur, ex sola enim (animi destinatione heres quis fit, *l. si avia 6. Cod. de jure deliber.*) seu voluntas adquirendæ hereditatis, *l. 4. Cod. unde legitimi*, ut & retro, repudiandæ, §. *ult. Inst. de hered. qualit.* ita vera certaque scientia ibi regulariter requiritur. Et hæc quidem etiam spec. hic recte placuit Bulgaro, Glossæ, Cagnolo, Pet. Fabro, quam & Cujacius hic memorat. Ad hunc vero *tractatum* de adquirenda & repudianda hereditate, deque vera & certa scientia in herede requisita, vel non, pertinent variæ leges, *titulo de adquir. hered.* puta *lex* 3. 6. §. 4. *l.* 10. 13. §. 1. *l.* 15. 16. 17. 19. 21. *in fin. l.* 22. 23. 25. §. 6. *l.* 26. §. 7. 8. *l.* 27. 30. §. 3. 4. *l.* 32. 34. 46. 51. 74. *in fin.* 84. 93. 96. In herede inquam, adeunte vel repudiante hereditatem. Quæritur scilicet num is certus esse debeat. 1. de conditione sua, quo pertinet *dict. l.* 6. §. 4. 34. *in princ. lex* 74. §. 2. *& l.* 54. *in princ. de adquir. rer. dom.* 2 de conditione testatoris, quo pertinet *lex* 22. *in princ.* 32. §. 2. *l.* 33. 3. Item num certus esse debeat, defunctum esse testatorem, *l.* 13. §. 1. 19. 25. §. 6. 27. 32. *in princ.* & arg. *l.* 94. 4. Num heres de jure suo certus esse debeat, *d. l.* 15. 17. §. 1. 22. 23. *&* §. 7. *Inst. de hered. qual. & diff.* 5. Num scire debeat heres, tabulas extare, *l.* 1. §. *scientiam* 4. *D. de bonor. poss. sec. tab.* 6. Num de jure testamenti certus esse debeat, valeatne id an vero falsum aut injustum sit, *l.* 17. *in princ. l.* 22. *l.* 30. *infr. l.* 46. *l.* 51. *in princ.* 7. si heres in aliena potestate sit, num ejus cui per eum adquiritur destinatio & scientia attendatur, *l.* 7. §. 1. *d. l.* 25. §. 6. 11. *l.* 30. §. *scientia* 7. *l.* 93. *in princ.* 8. Item qua ex parte heres sit, *l.* 21. §. *ult. l.* 75. 93. *in princ.* 9. purene an sub conditione institutus sit, *l.* 34. §. 1. *l.* 74. §. 3. 10. quod modum adjectum institutioni attinet, *dict. l.* 74. 11. quod conditionis existentiam,

l. 21.

l. 21. §. *ult.* 12. non alium justum heredem esse, *l.* 30. §. 1. 3. 4. 5. 6. 7. & 8. *l.* 84. *vers. emancipatus.* 13. an quoad jus accrescendi, *l.* 31. *l.* 35. *in princ. l.* 38. In hereditate igitur adquirenda seu cernenda, & retro repudianda, certa veraque scientia ferme requiritur, ut aliquid agatur. In hunc sane quoque finem & Cretionis olim nomen solemnitasque inducta, deliberandique tempora heredibus tributa: *de quo tit. D. & Cod. de jure delib.* de tabulis etiam exhibendis postulatio seu interdictum, unde scire possit heres, num sibi adeunda sit hereditas nec ne, *l.* 28. 29. *de adquir. her. & tit. de tabulis exhib.* Ideo tandem ab adquirenda hereditate submoti ii qui nihil scire intelliguntur, qui actum rei non intelligunt, qui non videntur scire, neque decernere, ut pupilli, *l.* 5. 8. 9. *de adquir. hered. l. ult. D. de juris & facti ignor.* quo pertinet & *lex* 3. 4. *supr.* excepta nuda quandoque solemnitate, seu negotio contrahendo, tutore auctore *l.* 5. *supr.*

Et in hac quidem specie adquiescendum est: hoc etiam argumento, quod ut Papinianus superiore libro 23. Quæstionum de Adquirenda possessione egit, ita & hoc libro 24. de adquirenda hereditate egisse videtur, & de omittenda, pariter ut libro prox. 25. ut apparet ex *l.* 18. *D. de tutela & rat. distr. l.* 2. *de separationib.* Generalis alioquin hæc Reg. est: *In totum*, inquit Papinianus, & *omnia:* Qua formula significatur omnino, ut recte Gl. in universum, generaliter, perpetuo, ὅλως, in toto jure: sic ut hæc Reg. non fallat, vel certe raro, ut Gl. sicut & idem Papinianus in l. *prox. In totum vitiantur*, id est, omnino, penitus. Neque enim hæc *formula* hic connectenda est cum illis, *animi destinatione:* neque cum istis *certa scientia.*

Videri quoque cui posset species hujus Reg. aptanda in sententiis formandis, inque re judicanda: arg. *l. si uxor* 42. *D. de Judiciis*, quæ altera tantum ex eodem Papiniani lib. 24. Quæstionum Papiniani superest.

Nempe cum judex officio suo semel functus judex esse desinat, *l.* 14. 42. 55. 62. *D. de re Judic. l.* 27. *D. de pœn.* Sane sententia, seu judicium, nonnisi vera & certa scientia prolatum sustinetur: puta cum judex cuncta rimatus plenaque inquisitione discusso negotio, juxta *l.* 9. *Cod. de judiciis* (quæ plenior extat Codice Theod.) ex Consilii sententia sententiam depromit, & ex periculo recitat, (quæ solennes hac in re olim formulæ fuere formæque) de quo expressus titulus est Codicis, *De sententiis ex periculo recitandis:* ita ut non subitas, sed deliberatione habita sententias ponderandas sibi judices ante forment, & emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferant, scriptasque ex libello partibus legant (quomodo diserte loquitur Valentinianus *l.* 2. *Cod. de sent. ex peric. recit.*) Quo sane pertinet & illud Ciceronis: *Cum crimen est sine accusatore, sententia sine consilio, damnatio sine defensione, certe immanis quadam barbaries est.* Hinc & illa formula: de *Consilio pronuntiari, recitari* apud Tertullian. *lib.* 1. *ad Nat. cap.* 3. & Apulejum, *Apolog. aliosque.* Verum, neque hæc species mihi satis placet: ibi enim non ex animi destinatione Judex sententiam dicit, verum ex officii ratione. Sic igitur hujus Reg. vim & sententiam tenemus. Alio itaque jam pertinet quoque, quod huc adferunt Interpretes, quod sententia *certam quantitatem* continere debeat: de quo alioquin præter expressum titulum Codicis est quoque *lex* 59. §. 1. *D. de re Judic.* Certitudo enim *scientia* hac Reg. eo respicit, ut informetur judicium seu instruatur animus negotium aliquod gesturi, & sic prævium quid indicat: Non vero mate-

materiæ seu summæ quantitatem respicit, quæ *certa* non est eo sensu, seu varie pro officio judicis taxatur. Alienus item ab hac R. tractatus est de clausula *ex certa scientia*, tralatitia, quæque extrinsecus adhiberi quandoque solet, in testamentis, contractibus, Principum rescriptis, quam vim illa habeat, & quid operetur, in quem alioquin tractatum Interpretes hic sese diffundunt; quia nos hic in eo negotiorum genere versamur, quæ certam animi destinationem omnino desiderant; & essentiam rei ac negotium ingrediuntur: Alienus multo magis est tractatus Gl. & aliorum de voluntate & animo in *delictis* seu maleficiis spectando: quia, ut ostendunt illa verba, *agenda sunt*, Reg. hæc agit de iis quæ *jure* perficiuntur, non quæ contra jus admittuntur, & de genere illicitorum & malorum sunt.

Denique alienus ab hoc tractatus est de *obligatione*, quæ accidentaliter contrahitur, extra id quod agitur: Item alienus ab hac R. tractatus de consensu, & e contrario, de *errore*, quo plerique hanc R. referunt, qui actum vitiat. Quandoquidem hic non de *consensu* qui voluntatem respicit, sed de *scientia* agitur, qua *intellectus* instruitur & formatur, ut est scientia, quæ in hereditate adquirenda vel repudianda requiritur. Tandem in genere, non alia ferme hujus R. mens est, quam ejus quod vulgo jactatur: Deliberandum esse diu, quod statuendum est semel.

De ACTIBUS LEGITIMIS *diem & conditionem non recipientibus:* EXPRESSIQUE *ea in re &* TACITI *differentia.*

LXXVII. IDEM (*Papinianus*) *libro vigesimo octavo Quæstionum.*

*Actus legitimi, qui recipiunt * diem vel conditionem, (veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris) in totum * vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem. Nonnunquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quæ aperte comprehensa vitium adferunt: Nam si accepto feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit: quæ si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti facies actum.*

* Ita Flor. al. *non recipiunt*: forte *rejiciunt*, In Archetipo erat additum, *non*.
* i. omnino, penitus: sic, *et l. 76. sup.*

DE ACTIBUS LEGITIMIS est hæc nobilis & notabilis Papiniani Reg. quæ abest a Basilicis, & a Græcis intacta transmittitur. Quæstio hæc est: utrum actus legitimi diem vel conditionem admittant, id est, utrum fieri possint stareve sub die & conditione: *Conditione*, inquam, rei alicujus futuræ. Inanis enim est hic Jo. Fabri, Decii, aliorumque tractatus, de conditione de præsenti vel de præterito, utrum in ea quoque locum habeat hæc Reg. Conditiones enim istæ non sunt proprie conditiones, figuram, non vim conditionis obtinent, *ἀλλ᾽ ὡς φαινόμεναι* sunt. Ad hanc quæstionem in effectu sub duabus distinctionibus seu differentiis respondet Papinianus. Prior differentia est, inter quosdam actus legitimos & alios, seu, quorum alii non recipiant diem aut condictio-

tionem, ut sunt ii qui hac lege exprimuntur, alii recipiunt, ut recte Glossa: Altera differentia est inter expressum & tacitum: nempe actus legitimos hac R. memoratos, etsi expressum diem vel conditionem non recipiant, nonnunquam tamen tacite recipere. Quæ quidem Reg. seu lex, quæ quarta est hic e Papiniani Regulis, ut in hoc argumento singularis, ita multo Interpretum sudore famosa, desumpta est e Papiniani libro 28. Quæstionum. Quo libro egit is, *de Tollendæ obligationis modis*, & *de stipulationibus Prætoriis*. De tollendæ, inquam obligationis modis: 1. & in his de *solutione*, ut docent ex eodem libro lex 3. *de condict. indeb. lex Stichum & Pamphilum* 95. *de solutionibus*, & hæc quidem postrema in eo argumento de solutionibus prolixa admodum, utpote quæ duodecim paragraphis constet: ut hinc appareat, Papinianum eo libro ex professo de solutionibus egisse. Quæ quidem etiam non tacitam modo sed & expressam conditionem admittunt, veluti hanc, *si indebitum postea appareat*, *l.* 2. *&* *d. l.* 3. *de condict. indeb.* 2. Egit & eodem libro 28. Papinianus de *Acceptilatione*, quæ sane imaginaria solutio est: cujus non tantum initio hujus l. mentio fit, una cum aliis actibus legitimis, verum etiam quæ speciatim pro exemplo exceptioni seu alteri distinctioni, quæ hac lege continetur, aptatur, sic ut exinde appareat, de ea quoque principaliter ibi Papinianum egisse. 3. Egit & Papinianus eodem libro, ut dixi, de *Prætoriis stipulationibus*: & inter alia de cautione seu stipulatione *rem ratam haberi*, ut fidem facit ex eo libro *lex* 1. *ratam rem haberi*, item, *de Cautione legatorum in diem vel sub conditione relictorum servandorum nomine*, ut docet ex eodem libro lex 2. *&* 5. *ut legatorum servandorum causa*: ut & de edicto seu titulo, *ut in possessionem legatorum vel fid. servandorum causa esse liceat*: ut ostendit lex *plane* 4. illius tituli, ex eodem libro 28.

Horum igitur occasione de actibus legitimis (cujusmodi est quoque ea quam dixi, *Acceptilatio*,) plenius ad rem propositam tractare instituit Papinianus: occasione potissimum Acceptilationis: Utrum videlicet illi diem & conditionem admittant: mox &, utrum ii actus legitimi qui natura sua diem vel conditionem expresse non recipiunt imo rejiciunt, id est, suspendi non possunt *aperte* seu *verbis* & *adjectione*, seu *comprehensione* (quæ quatuor voces hic occurrunt) id est, expressa conventione seu lege sub certo aut incerto dici aut conditionis eventu tacite saltem diem aut conditionem aliquando admittere possint? Et definit Papinianus, etsi non admittant expressa adjectione *&* conventione, tacita tamen nonnunquam admittere, recipere.

Horum ratio ut assignari, legitimorumque actuum definitio, tum & legis ipsius sententia stabiliri, sed & genuina lectio duobus locis firmari possit, ante omnia veniant sub manum quinque illa legitimorum actuum exempla, quæ hic memorantur: Quidnam videlicet sint actus illi. 1. *Mancipatio* (nam hæc vox hic retinenda est, neque, ut faciunt nonnulli, mutanda in *Emancipatio*) quod ex Ulpiano & Theophilo liquet, veteri jure modus fuit transferendi rerum dominii quas *mancipi* vocabant, id est, prædiorum in Italico solo constitutorum, & jurium ad ea prædia pertinentium; item servorum & quadrupedum; Hæ enim res *mancipi* dicebantur. Cæteræ vero res dicebantur *Nec mancipi*. Hujus sane Mancipationis usus, ut in venditionibus nexique dationibus, ex quacunque causa donationis, noxæ deditionis, solutionis in pignoribus, seu fiducia, ita imaginaria sæpe mancipatio per æs & libram interveniebat: veluti in Testamentis per æs & libram, familiæ mancipatio: in emancipationibus (quibus & inde nomen) in adoptioni-

ptionibus. Quæ quidem etiam omnia hic sub *mancipationis* voce comprehenduntur. Adde & coemptionem in matrimonio, qua mulier in viri manum conveniebat, & fiebat materfam. viro loco filiæ: & sic in mariti manu mancipioque, ubi & *as Cajanus* interveniebat: de quo omni vid. Brissonium 1. *select.* 7. *& lib. de ritu nupt.*

2. *Acceptilatio*, ut jam dixi, contrarius mancipationi actus erat, ab eodemque nexu solutio, id est, imaginaria & civilis solutio. 3. De *Hereditatis aditione*, de qua agitur hoc ipso libro 28. in *l.* 95. §. 1. *de solutionibus*, sive de Cretione, ut loquebantur, res aperta est. 4. *Servi Optio* nihil aliud est, quam optio unius vel paucorum servorum ex toto grege seu familia integra servorum, a legatario, cui testator optandi ex familia sua servi vel servorum jus dedit. 5. *Datio Tutoris* hac l. significat tutelam dativam, quæ videlicet a Magistratu confertur, seu a Judice, ut recte hic Glossa: *Dationis* scilicet & *dandi* verbum proprie pertinet ad ea quæ publice conferuntur, ut *hic*, ita & *l.* 70. *sup. h. t.* Et sane tutela dativa diem & conditionem non recipit: de cujus rei ratione postea: contra, testamentaria tutela diei & conditionis adjectionem recipit; Potest scilicet pater filio tutorem dare, exempli gratia, a Kalendis proximis in Kalendas *illas* vel *illas*: potest item sub conditione quacunque, veluti, si navis ex Asia venerit, *l.* 8. §. 1. 2. *l.* 11. *D. de test. tut. tutel.* §. *ad certum tempus*, *Inst. de testam. tutel.* id quod Magistratus facere non potest tutorem dando, *l. muto* 6. §. 1. *D. de tutelis*, & si ita datus fuerit, *nullius est momenti datio*, *d. l.* 6. &c, ut *h.l.* dicitur: *In totum vitiatur.* Et ita quidem interim obiter & in transcursu hi textus inter se conciliandi sunt.

II. Secundo, nunc proponenda nobis est legitimorum actuum *definitio*, eo quoque fine, ut ab aliis actibus & actionibus, quibuscum vulgo commiscentur, separentur. Sic igitur eos definio: *Actus legitimos esse solemnia quæcunque hominum negotia, quæ publice privatim, solemni modo ritûque, seu solemnitate a lege inducta celebrabantur.* Ergo actus *legitimi* ideo dicti, quia solenni modo a lege inducto celebrantur, seu perficiuntur: Non igitur tantum quia ex *lege* descendunt, (quomodo alioquin pacta *legitima* dicuntur, *l.* 8. *de pactis*) quod quidam tradunt. Nam v. g. optio servi ex lege non descendit. Rursum, non patior addi definitioni, *in jure celebrata*, quod Cujacio tamen visum est, vel *coram illo, cui id specialiter a lege indulgetur*: Nam exempli gratia, mancipatio, & acceptilatio, privatim quoque fiebant, non in jure semper, sive coram Magistratu. Item tutoris datio, non tam coram Magistratu, quam ab ipsomet Magistratu fiebat. Dixi, *Negotia solemnia*, quibus ideo recte connumerantur *legis actiones*, puta Adoptio, Emancipatio, Manumissio, de quibus vide *l.* 3. *de Offic. Proconf. l.* 1. *D. de Offic. Jurid. l.* 1. *C. de Adoption.* Paul. 2. *Sent. tit.* 26. & *Inst.* de *Atiliano tutore*, ubi Theoph. *Nov.* 81. ut sic actuum legitimorum appellatio latius pateat quam *legis actionum*, imo has illæ ambitu suo complectantur: Inde igitur idem actus, *legis actio*, *& legitimus actus* vocatur: ut mancipatio *h. l. & l.* 4. *de adoption.* Et sic hactenus *legis* actio *& actus* legitimus, idem sunt, non simpliciter. Dixi *negotia*, ipsa scil. nempe, ut distinguerem a legitimis seu legis actionibus illis, seu formulis forensibus, quæ *legitimæ* alioquin quoque *actiones* dicuntur *l.* 2. §. 6. *D. de orig. Jur.* Ac multo magis recte refutat Hotomannum Cujacius, qui inter actus legitimos processum omnem judiciarium omnesque ejus partes computabat. Neque quicquam eum juvat *lex penult. Cod. de Hæretic.* ubi testimonii in jure dictio vocatur *actus legitimus*: alio quippe sensu ibi actus legitimus usurpa-

surpatur, pro processu seu solemnitate judiciali, ut ita separetur a testimonio, v. g. testamentario. Ex his interim apparet, ac nominatim ex tutoris datione, quæ actibus legitimis hic connumeratur, actus legitimos alios a privatis seu privatim, alios a Magistratu seu publice celebratos.

III. His ita distinctis & definitis, tertio loco nunc aperienda sunt *solemnia* seu *solemnitates* a lege inductæ, quibus hi quinque actus, qui hac Reg. memorantur, expediebantur, ut ita appareat omnino eos legitimos actus fuisse.

1. *Mancipatio* fiebat certis verbis, libripende & quinque testibus civibus Romanis præsentibus; teste Ulpiano in *fragm. tit. de domin. & Adquis. rerum* 19. §. 2. Gajo *lib.* 2. Boetio, *in Topica Ciceronis*, de quo plura v. apud Brisson. 1. *Select.* 7.

2. *Acceptilatio*, ut legitimus actus *hac l.* vocatur, ita & solemnis, *l. ult. C. qui in fraud. credit.* & procul dubio iisdem ferme solemnibus peragebatur acceptilatio seu nexi liberatio quibus contrarius, mancipatio scil. nexuque datio.

3. *Hereditatis* aditio (quod notissimum) verbis conceptis, testibus præsentibus aliisque solemnibus fiebat.

4. *Servi Optio*, ut quævis alia optio, fiebat legitime, coram Prætore: Fusius apud Senecam, *lib.* 3. *controv.* 23. *Optio est qua legitime fit*: *Illa non est facta legitime*: *Si Prætor defuisset, nunquid optionem vocares, si rapta defuisset, raptor non fur. Non est illa optio, sermo est.* Denique solemni testatione fiebat optio servi, ut ex Aufidio refert Labeo *l.* 20. *D. de optione leg.*

5. *Datio Tutoris* postremo loco cum solemniter in jure celebraretur, dubium nullum esse potest, quin fuerit & is actus legitimus.

Quarto nunc loco *Ratio* indaganda nobis venit, cur *istæ* quinque actus illi legitimi qui hac l. memorantur, diem & conditionem natura sua & conventione expressa, aperta, non recipiant, imo rejiciant, respuant, id est, quare pure, simpliciter & præsenter eos fieri oporteat? Quam adsignare difficillimum toto jure agnoverunt veteres Interpretes, saltem de omnibus: unde & nonnulli Regulam nostram ad duos actus restringunt, ad acceptilationem videlicet & tutoris dationem. Rationem nemo melius adsignavit primo Juris instauratore Alciato *lib.* 3. *parergon.* quinque capitibus: puta *cap.* 4. 5. 6. 7. & 8. per quinque has species, nempe, quia actus hi tales sunt, ut a præsenti executione nomen habeant, momentoque perficiantur, & præsens factum contineant, ita, ut si diem vel conditionem adjeceris, simul volueris, feceris que, quod natura actus non fert, qui arbitrium absolutum & præsens desiderant: neque temporis procrastinationem patiuntur: neque conditionis eventum. Quare vitium formæ est, ut alii loquuntur, si dies vel conditio addatur, seu peccatum est in forma. Per singulos actus legitimos hac Reg. nominatos id comprobemus: 1. *Mancipatio* igitur, per temporis vel conditionis adjectionem, vitiatur: quia ea nihil aliud est quam dominii realis præsensque traditio & manucaptio. (Qua causa etiam Ulpianus *mancipium* pro mancipatione dixit) atqui ea demum manu capimus, quæ manu tenemus, non quorum dies aut conditio in suspenso est: item quæ propria nobis fiunt perpetuo jure, non in diem. Idque procedit in quacunque mancipatione, sive vera sive imaginaria, veluti ea quæ intervenit in testamento, adoptione, emancipatione, coemptione in matrimonio contrahendo. 2. *Acceptilationis* eadem ratio est: unde nominatim quoque a Pomponio definitur *l.* 4. & 5. *D. de acceptilat.* acceptilationem sub conditione & die fieri non posse: &

in diem factam acceptilationem nullius esse momenti. Nam nisi acceptilatione statim & in perpetuum reus debendi liberetur, nihil agitur: & contrarium in adjecto est: liberari videlicet quem, & differri vel intercidi istique liberationem, vel ut Imola post Glossam loquitur, *peccatum est in forma acceptilationis*: *cum ex sui forma statim & in perpetuum liberare debeat, quemadmodum solutio*. Denique, cum acceptilatio jus commentitium sit & imaginaria solutio, solutionem imitetur eique in eo comparetur necesse est, ut & alias ei comparatur, *l.* 1. 4. 5. 8. *& l. filio qui pater, D. de acceptil. l. non solum* 7. §. 1. *D. de liber. legat.* atqui solutio obligationem PERIMIT, *l. si rem* 31. §. 1. *D. de novat.* statimque & in perpetuum liberat. Eodem igitur modo per acceptilationem liberatio contingit, *l.* 19. *de acceptilat.* Atque hoc est, quod Jurisconsultus ait in *d. l.* 5. *de accept.* in diem factam acceptilationem nullius esse momenti: *nam*, inquit, *solutionis exemplo acceptilatio solet liberare*. Quanquam solutioni tacita hæc semper conditio inest, imo & expresse quandoque conditio hæc solutioni adjici solet, si debitum revera sit, contra, ut si indebitum apparuisset, reddatur, *d. l.* 2. *&* 3. *D. de cond. indeb.* quarum hæc, ut antea dixi, ex eodem Papiniani libro desumpta huic conjungenda est. 3. *Hereditatis aditionis* eadem ratio est. Actus hic scilicet præsentem, puramque & certam heredis voluntatem requirit: & ut Papinianus idem dicebat generaliter in *l. super*, animi distinctione peragi debet, & nonnisi vera & certa scientia perfici: Quare necquicquam admittitur, imo nulla est aditio, si ita adeatur: *Adeo si solvendo hereditas est*, *l. eum qui duobus* 51. *in fin. D. de adquir. hered.* Item, non admittitur, si in diem seu ad certum tempus adeatur. Prioris ratio est, ne videlicet aut diutius testatoris voluntas eludatur, aut res hereditariæ depereant: quem in finem etiam leges stata quædam tempora deliberandi heredibus dederunt. Aliud juris est in heredis institutione, heres enim institui potest sub conditione & ex die, pro testatoris arbitrio, *l. omnis hereditas in fin. h. t. l. si mater, D. de vulg. & pupill. subst. l. extraneum, Cod. de hered. inst.* §. *heres, Inst. eod. & toto titulo de condit. instit.* Posterioris ratio est, quia qui semel heres extitit, semper heres est & manet: nam simul ac hereditatem heres adiit, actu legitimo statim dominus fit. 4. *Servi optionis* seu electionis eadem ratio est: Ea scilicet, non tantum semel duntaxat fieri potest, *l.* 5. *in pr. de legatis* 1. pariter ut aliarum rerum electione legata, *l. apud Aufidium* 20. *D. de optione leg.* unde etiam filiusfam. sine jussu patris optare non potest, *l.* 10. *de legat.* 1. nec ante aditam hereditatem, *d. l.* 10. *& l.* 16. *D. de optione lex*: sed & diem & conditionem natura sua rejicit, seu respuit; id est, non potest is cui optio servi legata est, optare, etiam ex conventione irrita cum herede, sub die vel in diem & sub conditione: Quod hic expresse definitur, de quo alioquin nulla alia expressa lex occurrit, sub die, inquam, & conditione annullante optionem servi. Id vero ita constitutum, non ut vulgus parum proprie, hac ratione, ne sit in potestate legatarii, heredem reliquos fortassis servos distrahere volentem, incerti diei vel conditionis eventu morari: neque enim hic de heredis nominatim interesse agitur, verum absolute, optio servi diem & conditionem rejicere dicitur, & sic non heredis favore. Quid igitur? Id ita constitutum, in favorem servorum: ne tracta alioquin, dilataque optione servi, in diem vel conditionem, & sic novæ subinde optioni & exhibitioni loco relicto, interea totus grex, tota familia servorum casu aliquo libertate defraudetur, si videlicet in diem novæ optionis familiam servosque in eodem statu servili

servili ad novam optionem faciendam manere exhiberique oporteret, quod utique iniquitatis plenissimum foret, ut propter unius forte servuli optionem ita suspensum bene meriti interea servi alii libertatis præmio exciderent. Hinc adeo & testatores, quamlibet solutionem seu præstationem servorum a se legatorum in diem aliquem ulteriorem aliquando differrent, attamen electionem seu optionem ipsam fieri jubebant confestim post aditam hereditatem, ut in sp. elegantissima *l. penult. D. de optione legata*. Hac ipsa de causa etiam ei cui mancipiorum electio legata erat, a Prætore certum tempus præfiniebatur: quo elapso, si res integra non esset, & familiam heres dispofuisset, actio legatorum non competebat, *l. 6. 7. de opt. leg.*

Hæc ita, inquam, in servi optione a legatario scilicet facienda, obtinebant: Alioquin, ut objectioni occurram, potest a testatore ipso optio quævis legari sub die vel conditione, & optioni diem testator adjicere potest, *l. alienationis 28. §. penult. D. de verbor. signific. l. 10. D. ad exhibendum*. Ergo optio servi a legatario fieri non potest sub die & conditione, quamvis heredis consensus accedat. Aliud dicendum, in reliquarum rerum optione: nihil enim impedit, quo minus legatarius, cui optio legata est, consensu heredis in diem vel sub conditione optare possit. Alioquin, quod ab hoc diversum est, & male tamen confunditur, ut cæterarum rerum, ut dixi, ita & servi electio nonnisi semel fieri potest: quomodo & semel tantum adiri hereditas potest: de quo posteriore *v. l. si filius 80. in fin. de adquir. hered.* 5. *Tutoris* dationis eadem postremo ratio est. Ideo scilicet tutor a Magistratu petitur, ut pupillo ilico consultum esse possit: cui necquicquam cavetur, si tutoris datio ex die vel conditione trahatur, protelетur: & si hujusmodi tutoris datio admitteretur, idem Magistratus rursum adeundus esset, ad dandum interim alium tutorem: quem circuitum, seu legitimi actus multiplicationem, & pupillo damnosam, & frustraneam seu lusoriam vitant leges. Et hæc quidem interim, ut jam antea monui, ratio est, cur tutor a Magistratu sub die vel conditione dari non possit, a patre possit: in quam anxie alioquin quæri inter Interpretes, ostendunt octo vel novem illæ conciliationes diversæ, quas cumulavit Nicolaus de Passeribus, *in concil. legum, a pag. 489. ad 493.*

1. Ex his jam apparet, cur Papinianus scripserit, hos actus legitimos quinque IN TOTUM vitiari per temporis vel conditionis adjectionem, seu diem & conditionem VITIUM his actibus inferre: Quia scil. nullo modo per rerum & actuum horum naturam dies his aut conditio adjici potest, neque ita facti ulla interpretatione sustineri possunt: quandoquidem momento temporis perfici debent, nec capiunt dilationem ex die vel conditione. Secundo, ex his apparet, errare eos qui concoquere non possunt, id quod *de optione servi* hic dicitur, vel *optionis* vocem ad tutoris dationem trahere tentant (etsi neque ipsi tandem id probent) vel vocem *Adoptionis* ejus loco substituunt: vel denique vocem *servi* hinc expungere tentant: tandem, qui exempli tantum causa servi mentionem fieri *hac l.* tradunt: eo, quod de servorum optione sæpius quam aliarum rerum optione Jurisconsulti consulerentur, scriberentque: Nam, imo etsi verum sit, quodcunque tandem optionis genus actum legitimum esse, qui & coram Prætore, herede præsente, & exhibitis rebus testatoris fiebat: Etsi verum sit, quamcunque tandem optionem, sive servi sive alterius rei, semel tantum fieri posse, *dict. l. 5. in pr. D. de legat. 1. dict. l. 20. seu pen. D. de optione leg.* ut &

& illud verum, cuicunque legato optionis inesse tacitam hanc conditionem, si post aditam hereditatem optatum fuerit, seu optione legata, non posse ante aditam hereditatem optari, nihil denique agi si optatum fuerit, *l. optione 16. D. de optione legata*: Verum denique & illud, quod & ante dixi, a testatore non minus servi quam aliarum rerum optionem sub die vel conditione dari legari posse: falsum tamen est: omnem optionem faciendam a legatario, diem & conditionem natura sua rejicere seu respuere: Eccur enim non liceat, res alias optare heredis consensu sub die vel conditione, cum de solius heredis præjudicio ibi agatur, quod in optione servi secus est, ubi præjudicium vertitur totius gregis & familiæ servorum. Ergo valeat jam P. Fabri sententia, *lib. 2. Semestr. 23.* id quod de servi optione hic dicitur, id ipsum & de aliarum rerum optione statuens.

Tertio, hinc apparet, dari alios actus legitimos præter *hac* l. comprehensos: Et vero dari in summam duum generum: alios, qui diem & conditionem jure recipiant: alios, & quidem haud adeo multos, pura quinque, qui rejiciant, de quibus JC. hac l. *putas* agere instituit; Quod duobus etiam argumentis ex hac ipsa L. comprobatur: Primo, ex illis hujus l. verbis: *Actus legitimi QUI*, hæc enim particula QUI (ut hac l. ita *& l. 23. in fin.*) pariter ut vox *Quam* in *l. 65. supr.* suum antecedens procul dubio restringit, seu, ut loquuntur, ejus natura est restringere, *l. cunctos pupulos, C. de summa Trinit. L. omnes populos, D. de justit. & jure*, ubi Doctores prolixe. Atque si dixisset Papinianus, actus illos sive speciem illam actuum legitimorum, qui natura sua respuunt seu rejiciunt diem & conditionem, tacite tamen admittere. Secundo, ex illis ACTUS SUPRASCRIPTI, quæ, ni fallor, suum antecedens restringunt.

Quarto, ex his apparet, de vitiosa hujus l. lectione Florentina, ibi, *qui recipiunt*: quicquid Cujacius dicat, ubi vulgara melius habet: *Qui non recipiunt*: quam lectionem probarunt quoque Alciatus, Corasius, Hotomannus. Et vero in archetypo erat additum *non*. Quanquam & leviore mutatione ibi reponat quis, loco *recipiunt*, vocem *re Iciunt*, quomodo vox illa primum expressa forte fuerat, unde mox una litera amplius *recipiunt* expressum fuerit. Simili errore, quo *addictionis* & *addicendi* vox promiscue alibi, pro *adjectionis* & *adjiciendi* posita reperitur: de quo Antonius Augustinus 2. *Emendat.* 3. Sane ita quoque ea ipsa *non recipiendi* vox tuenda est apud Quintilianum, *lib. 5. cap. 6.* ubi de jurejurando agit: *Jusjurandum*, inquit, *litigatores aut offerunt suum, aut non recipiunt oblatum: aut ab adversario exigunt, aut recusant, cum ab ipsis exigatur* (ubi quidam id in *non respuunt* mutant) quod sane sequentia quoque mox ostendunt: *qui non recipiet conditionem* (jurisjurandi) *a multis contemni jurisjurandi metum dicet*, &c. *eum, qui nullo offerente jurare sit paratus*. Ad rem, lectionem hujus l. nostræ emendandam, vel reposita vulgata lectione, vel substituta voce *rejiciunt*, duo persuadent. Primo quidem ipsa Papiniani argumentatio: cujus hic sensus est: Actus legitimi, qui sua natura non recipiunt seu rejiciunt diem & conditionem, hanc expressam diei & conditionis adjectionem ita respuere, rejicere, ut *in totum* vitientur per temporis vel conditionis adjectionem, nulliusque momenti fiant. Id scilicet est *in totum vitiari*, omnino perimi, sic ut nulla interpretatione actus illi sustineri possint: v. g. Acceptilatio ita facta, nec ut pactum valet: cum alias inutilis Acceptilatio utile pactum habere possit, *l. 8. D. de Acceptil.* Qua simili formula usus idem

Pa-

Papinianus in proxima huic *l. 76. supr. In totum* est, omnino, penitus: ut *l. 1. §. 1. supr. de suis & legitimis, l. 61. §. 6. de ritu nup. l. 4. §. 9. de manumiss. l. 43. §. 1. de jure dotium*. Ergo *in totum vitiari* actus hi dicuntur, per diei & conditionis adjectionem, cum alias quædam aliis actibus adjecta non vitient actum, etsi ipsa quasi non adjecta, vitientur, veluti abundantia & superflua: de quo ad *l. non solent 94. infr.* Et sic Papinianus initio hujus l. argumentatur a natura actus ad vim conventionis & adjectionis: Unde necessario conficitur, Papinianum initio dixisse, hos actus *non recipere* vel *rejicere*, respuere, omnem diei aut conditionis adjectionem. Secundo, id ipsum etiam vel ex ipso vocis *recipiendi* significatu apparet: *Recipiendi* quippe voce, natura rei actusque designari ferme solet, & pro admittere sui natura. Sic & l. 23. *supr. Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt:* & mox: *societas & rerum communio & dolum & culpam recipit*. Sic & res recipere usucapionem, *l. 9. D. de usucapionib.* res divisionem non recipere, *l. stipulationes non dividuntur 72. in princ. D. de V. O.* Idem Papinianus hoc ipso libro 28. Quæstionum in *l. 5. de usuris bonæ fidei judicium non recipere præstationem quæ contra bonos mores desideretur*. Atquin legitimos actus, de quibus *hac l.* agitur, natura sua diem & conditionem rejicere, seu non recipere, ostendere voluit Papinianus: & quia natura sua rejiciunt seu non recipiunt, expressa quoque conventione seu adjectione recipere nullo modo posse definit. Et sane mox in hac ipsa l. *recipiendi* vox proprio illo sensu effertur. Ut proinde Cujacio minime adhærendum sit, qui Florentinam lectionem tuebatur, voce *recipiendi* accepta *initio l.* de facto, non de jure: Quod nonnisi inconcinne dicitur, ut videlicet in eadem l. eadem *recipiendi* vox efferatur nullo addito duplici sensu: initio quidem, de facto, postea vero de jure, quod & ab usu juris verbique proprietate alienum est: quod recte etiam ursit Hottomanni, 1. *Amicab.* 30. eaque res & interpretatio implicat contrarietatem, nempe actus hos recipere diem & conditionem, & vitiari per temporis & conditionis adjectionem. Tandem ex his apparet, quam nihil omnino ad hanc l. faciat, quod Interpretes hic tractant de procuratore qui in legitimis actibus non admittitur: quod hic tamen prolixe tractant. Item, quam nihil cum hac l. commune habeat, *lex nemo 123. in princ. infr.* ubi dicitur, neminem alieno nomine lege agere posse, de cujus sententia ibi dicam.

Et hæc quidem de priore hujus l. parte, primaque adeo, quæ in ea tacite continetur distinctione, inter quinque illos actus legitimos *hac l.* expressos, & alios. Posteriore legis parte continetur altera differentia, *Taciti* videlicet & *Expressi*, & sic limitatio quædam superius dictorum: Ad quam alioquin (expressi tacitique scilicet) differentiam pertinet quoque *lex 195. infr.* ubi plura de ea. Nempe ait Papinianus, quinque actus illos legitimos, qui natura sua diei & conditionis adjectionem expresse non recipiunt, non admittunt, tacite tamen quandoque recipere, admittere. 1. Cujus exemplum unicum Papinianus *h. l.* apponit in *Acceptilatione*, cujus sane causa Papinianum hunc tractatum ingressum jam ostendimus: *Acceptilatio* scilicet, etsi sub conditione & die fieri non possit, quod præter hanc l. testatur quoque lex 4. & 5. *D. de acceptilationibus*, & sic diem & conditionem rejiciat: attamen tacite ea quandoque recipit: veluti si accepto feratur ei qui sub conditione promisit, ut hic dicitur, verbi gratia, si nuptiarum causa dos promissa, acceptoque lata fuerit, quæ propria species hic indicatur, & vero repetenda

da est ex Ulpiani *l. licet soleat* 43. juncta *l.* 36. 37. 38. *D. de jure dot.* Pomponii, *l.* 12. *de acceptilat.* Venuleji, *l.* 21. *eod. tit.* Ergo hæc tacita conditio admittitur in *Acceptilatione*. Quod quidem hoc casu evenit, ob naturam negotii cui acceptilatio accedit, seu cujus causa fit, & ad quod ea refertur, puta ad nuptiarum implementum. atque ideo implendi alicujus conditionem & diem continet: Quam ideo Doctores, post Baldum, conditionem *intrinsecam & legalem vocant*, quæ scilicet rei natura vique ipsa actui alicui inest: & ideo actum legitimum non vitiat: quod sane facit extrinseca seu extrinsecus apposita conditio: ut vocatur *l. jam dubitari* 86. *D. de hered. instit.* quæ & proprie *conditio* est. Neque in hac tantum specie tacita Acceptilatio conditionem admittit, sed & in *sp. l. quærebatur* 82. *ad l. Falcid. l. mortis causa* 31. §. 1. *D. de mort. caus. don. l.* 15. *ad l. Falcid.* quæ & ipsa Papiniani est. 2. Simile huic alterum exemplum addatur in *Bonorum possessione* a filio petita & admissa: nam ea quoque ipsa tacitam conditionem admittit, videlicet si pater ratum habeat, *l. ult. D. quis ordo in bon. poss. serv. & l.* 1. *Cod. qui admitti ad bon. possess.* 3. Ponatur & tertium exemplum in *Tutoris datione*, ubi legalis quædam conditio, (imo etiam expressa) admittitur in sp. *l. muto* 6. §. 1. *D. de tutelis*, quia scilicet resolvitur ea conditio in *modum* & admonitionem: pariter ut in sp. *l.* 3. *D. de legatis ait*. 4. Similis tacitæ conditionis exemplum etiam in *Manumissione* vindicta, ubi Mancipatio interveniebat, v. in *l. mortis causa* 15. *D. de manum.*

Ad Acceptilationem redeamus, ergo tacitam & legalem seu intrinsecam quoque conditionem admittit *Acceptilatio*: non expressam, seu, ut hic dicitur, aperte seu verbis nominatim comprehensam, adjectam. Cujus rei usus & effectus hic est, consequens istud, ut acceptilatio, quæ alioquin sui natura illico liberationem inducit, & nullo modo suspenditur, non impleta conditione illa, quam dixi, tacita revocetur, ut docent *d. l.* 37. & 43. E contra, si conditio illa obligationis extiterit, tum demum egisse aliquid acceptilatio intelligatur, ut diserte ait Papinianus *h. l.* Ex dictis interim modo apparet, Glossam in eo errare, quod duos tantum ex suprascriptis legitimos actus diem & conditionem tacite recipere ait, nempe acceptilationem & tutoris dationem.

FRAUS *quomodo æstimanda veniat.*

LXXVIII. IDEM (*Papinianus*) *libro trigesimo primo Quæstionum*.

Generaliter, cum de Fraude disputatur, non quid habeat 1 actor, 2 sed quid 3 per adversarium habere 4 non potuerit, considerandum est.

1 *γρ. habebat*: fraudis scilicet admissæ tempore: de quo mox. 2 fraudem passus.
3 Forte quid, pro quidquid. 4 deinceps quoque post fraudem admissam.

DE FRAUDIS æstimatione, in judicio scilicet redintegratorio, ineunda, quidque ibi Judici considerandum seu expendendum veniat, quæ denique bona restituenda veniant, est hæc quinta e Papinianeis Regula: celebrata quoque ob Cujacii & Roberti super

ſuper ejus lectione controverſiam. Ejus ſane ſenſus hactenus in obſcuro eſt: variiſque adeo emendationibus ſollicitatur & Interpretationibus donatur, ut poſt omnia Cujacius (qui quatuor Interpretationes adfert) pronunciet, non recte videri hanc Reg. conceptam, & qui arctius eam & accuratius acceperit, deſiderabit in ea ſemper aliquid: propter ea ſcilicet verba, *non quid habeat actor*.

1. A Græcis incipiendum eſt, Baſilicis, inquam *lib. 2. tit. 8. cap.* 78. & Harmenopulo, *lib. 6. hoc tit.* Hi ſcilicet addita negatione hunc locum ita efferunt τι οὐκ ἔτυχεν παθών: hoc ſenſu, non ilico ſi quid actori fraudem paſſo abſit, id ab adverſario reſtituendum eſſe, verum id demum quod dolo fraudeve, quod culpa ejus abeſt. Et hæc quidem lectio & interpretatio Cujacio quoque viſa eſt, ut ipſe ait, ſemper elegantiſſima & probabilior. Amplexus eſt eam & Balduinus, tum *alibi*, tum *commentario de lege Aquilia, pag.* 256. 257. Ea vero Interpretatio lectioque mihi nunquam placere potuit: Neque enim, ut verba hujus l. ſonant, fraudato fibula aliqua hac Reg. imponitur, quod Græca lectio infert, imo contra laxatur, & in ejus gratiam ea tota concepta eſt: ſic ut definiatur non ad unius generis bona redintegrationem reſtitutionem reſtringendam, verum ulterius porrigendam.

2. Accurſius ſpeciem fingebat, in tertio qui *mala fide a debitore* rem emit in fraudem creditorum alienante, qui tenetur creditoribus etiam ad percipiendos *fructus*, i. quos actor percepiſſet, niſi fraus prædicta interceſſiſſet: ſecundum *l. ait Prætor* 10. *§. per hanc, D. quæ in fraud. creditor.* Idemque obſervari (nam hæc altera ejus Interpretatio eſt) in quolibet *malæ fidei poſſeſſore*. Eamque interpretationem ſecuti plerique: tracta huc *l.* 173. *§.* 1. *inſr. h. t.* & notiſſima regula, rem cum ſua cauſa reſtitui oportere: Denique, utilitatem omnem præſtari, *l.* 20. *l. ſi navis* 62. *§.* 1. *D. de rei vind. l.* 5. *§. fructuario, D. ſi uſufr. pet. l.* 31. *ſi certum per, l. ſemper §. hoc interdicto, D. quod vi aut clam, l. ſi duo, §. ſin. D. uti poſſid.* E quibus *d. lex ſi navis* ejuſdem Papiniani lib. 6. Quæſtionum, huic ſenſui blandiri maxime videtur, adeo ut Cagnolus tenter verba hujus Reg. inepte poſita, & clarius & elegantius hanc Reg. ibi tradi: GENERALITER, inquit, *cum de FRUCTIBUS æſtimandis quæritur, conſtat ANIMADVERTI debere, non an malæ fidei poſſeſſor fruitus ſit, ſed an PETITOR FRUI POTUERIT, ſi ei poſſidere licuiſſet. Quam ſententiam Julianus quoque probat.* Et hac quidem occaſione nonnulli in eam ſeſe quæſtionem hic diffundunt: ad quem æſtimatio percipiendorum fructuum referenda ſit, an ad actorem, an vero ad reum. Sed enim hæc ſpecies a Reg. noſtra plane diverſa eſt: Hic quippe agitur de æſtimatione FRAUDIS: ibi de æſtimatione fructuum.

4. Pet. Fabri vicina his ſententia eſt, hanc Reg. ad edictum *de his quæ in fraudem creditorum alienata ſunt*, pertinere: hoc ſenſu, in eo non ſatis eſſe, quod res ipſa penes actorem ſit aut penes adverſarium non ſit, neque dolo eſſe deſierit, ſi non omne quod ex re perceptum eſt vel percipi potuit, emolumentum, quod actori per adverſarium interceptum eſt, reſtituatur. Verum ut ſuperiores, ita & hæc interpretatio cum hac R. nil commune habent: nam & ad *fructus* male reſtringitur, & ad alienata in fraudem creditorum male refertur.

5. Cujacius hunc quoque inter alias interpretationem adfert, retenta ſpecie in alienatis in fraudem creditorum: ſi creditor agat Pauliana, ut reſcindat quæ debitor geſſit & dona-

donavit in fraudem suam, non quærendum in hoc judicio, quid creditor habeat de bonis debitoris possessis (nam Pauliana non datur nisi creditore ante misso in possessionem bonaque debitoris possidere jusso, §. *item si quis in fraudem*, *Inst. de actionib.*) & quæ distraxit, non considerari quid habeat actor de bonis debitoris, quæ possidere jussus est & distraxit, sed quæri & considerari quid amplius habere potuerit, si ei fraudator, id est, debitor ipse, fraudem non fecisset: vel is qui contraxit cum fraudatore si ei non obstitisset. Verum, ipsimet Cujacio hic sensus inelegans & inconsequens videtur: Nam quis inquit, nescit, hoc non considerari quod jam actor habet, cum quæritur, quanto fraudatus sit?

6. Idem Cujacius (quæ sexta jam interpretatio est) melius esse ait, sic verba struere hujus Reg. & disponere apud se tacito intellectu, transpositis verbis, (ut alibi expresse ait) ut dicatur non considerari quid *habeat adversarius* cum quo scilicet agitur fraudatoria actione, sed quid actor habere potuerit, si possidere ei licuisset per adversarium: & exemplum quoque ponit in fructibus: allegata *d. l. si navis & d. l. ait Prætor*, §. *per hanc*, quos & ipsos duos textus adduci hoc loco rectissime ait ab Accursio.

7. Idem Cujacius utramque, vulgatam, inquam, & Florentinam lectionem alicubi tuetur: semper enim eundem sensum hujus Reg. esse, quæ negativæ in Græcis additæ, & sic ἀδιαφόρων esse utrovis modo legatur: hoc sensu: Non considerari quid habeat actor *nec ne*, verum quod habere potuisset, si per adversarium impeditus non fuisset: seu, ut alibi id exponit, in judiciis quibus de fraude agitur, non quid habeat actor considerari, ut eo quod non habet statim fraudatus judicetur, nisi & id quod non habet per adversarium factum sit, ut non haberet.

8. Nil moror Roberti interpretationem, ex *l. plane* 34. §. *quod si rem* & *l. non quocunque* 74. *in princ.* & §. 1. *D. de legat.* 1. quam Cujacius velut alienam recte refutavit. Certe nulla ibi qualis hac R. bonorum distinctio continetur.

9. Ut neque Cagnoli, qui ibi, *non quid actor habeat*, accipit, *habeat* pro *habuisset*, rem scilicet si possidere ei licuisset. Inanem enim hic sensus repetitionem continet. Nos igitur si qua pote, post tot interpretum conatus symbolam quoque nostram hic adferamus. Id vero facere conabimur, ubi indagaverimus, quodnam argumentum Papinianus libro 31. Quæstionum, unde hæc Regula desumpta est, tractaverit. Igitur, cum quatuor tantum ex eo libro leges desumptæ supersint, & quinta præterea Pauli sententia seu Nota, ad eundem librum Papiniani, easque omnes sub unum conspectum subjicio, ita colligo, imo certo comperio, Papinianum eo libro egisse de *statu personarum*, ac nominatim *de jure Patriæ potestatis & de Adoptionibus*. Quod a Cujacio tum alibi, tum in ipsis *Recitationibus in Papinianum*, minus animadversum est.

Prima lex est lex *in multis* 9. *D. de statu homin.* qua definitur, in multis juris articulis deteriorem esse fœminarum, quam masculorum conditionem. Quod quidem eo quoque bellissime aptari potest, quod fœminæ olim ut adoptandi, ita & adrogandi incapaces erant: imo ne adrogari quidem poterant, quoniam cum fœminis nulla comitiorum communio erat, teste Gellio, *lib.* 5. *cap.* 19. & Ulpiano *in fragm.*, etsi postea ex rescripto Principis adrogari potuere, *l.* 21. *D. de adopt.*

Secunda lex est lex *nonnunquam* 32. *eod. tit. de adopt.* Ea igitur cum aperte sit de adoptionibus, duas continet sententias: quarum prior est, de *revocanda* per Judicem causa

causa cognita impuberis adoptione, si pubes factus emancipari desideret, & sic si de adoptione in *fraudem* suam facta queratur, de quo mox: altera definitur, ex rescripto Imp. Titi Antonini, privignum suum tutori adoptare permittendum.

Tertia lex est *lex* 11. *de captivis & postlim. reversis*, quæ & ipsa pariter ad jus patriæ potestatis pertinet, & ad causam postliminii & L. Corneliæ. In quo etiam argumento notandum, in adoptionibus id juris fuisse, ut etiam postliminio reversi liberi, patrem adoptivum sequerentur, *l.* 11. *in princ. D. de adopt.* Sed & ea in re de captivis & postliminio reversis de pristino jure a patre recuperando, deque peculio ei adquirendo ab eodem Papiniano agitur *l.* 14. *de castr. pecul.* pariter ut adrogatione soluta, de eodem pristino jure recuperando agitur: de quo mox.

Quod Pauli notam ad Papinianum *in l.* 18. *D. de servitutibus* attinet, est ea de restitutione, redintegratione, iterata impositione servitutis ipso jure confusæ per aditionem: cui concinit *l.* 70. & 116. §. *ult. de legatis* 1. (ubi pariter dicitur *pristinum jus* restituendum esse, sicut cum adrogatio rescinditur, *l.* 33. *de adopt.* de quo mox) lex 73. §. *ult. D. ad Trebell.* Ex hac vero lege 18. *de servitutib.* Rævardus pro more suo speciem nescio quam invita Jurisprudentia ad hanc Reg. apponere conatus est: ita quidem, ut verba illa, *non quid habeat actor*, interpretetur de jure: illa vero, *qui per adversarium habere non potuerit*, *considerandum esse*, de medio exceptionis, æquitatis intuitu: quæ vigilantis somnia sunt. Imo enim, ut legis illius sensus apertus est, ita non male quoque reduci ea potest ad argumentum servitutis confusæ occasione delatæ per filium adoptivum patri adoptivo hereditatis, vel legati: quæ rescissa postea adoptione una cum cætero *pristino jure* restituenda venit, iteratoque imponenda.

Ex his igitur jam clare patet, Papinianum libro 31. Quæstionum, unde hæc Reg. desumpta est, egisse de statu hominum: ac nominatim de *Patria potestate & de Adoptione*. Nunc in veri indagatione ulterius pergamus. Id vero ut assequamur, quinque hæc in argumento Adrogationis repetenda sunt. Primo, una cum adrogato in adrogatoris jus potestatemque tacito jure transisse simul omnia, quæ ejus (tum scilicet) *fuerunt*, ut dicitur in *l. si paterfamilias* 15. *D. de adoptionib.* & ut idem Papinianus ait in *l.* 11. *de bonor. poss. secund. tab.* cum capite fortunas quoque suas in familiam & domum alienam transtulisse: seu quæ tum HABEBAT: exceptis bonis castrensibus, quæ ante adrogationem adquisiverat, quæque adrogationis momento jam habebat, ea enim adrogatus sibi retinebat, habebat, eorumque administratio ei permissa erat, *l. miles* 4. §. *ult. de castrensi pecul.* Secundo notandum, imo & ea quoque quæ deinceps adquiri possent, seu adquirebantur, ab adrogato, adrogatori quæsita, *d. l.* 15. & sic adrogatus *per adrogatorem* ea sibi *habere non poterat*. Et hæc quidem erat illa per universitatem & adoptionem adquisitio: de qua Instit. Tertio notandum, uti cæteroquin *fraus* omnis, dolus & circumventio ab adoptione abesse debet, (de quo est & Ciceronis locus *pro domo sua*), ita in impubere, imo & minore, adrogato id singulare fuisse, ut si postea adrogationem sibi non expedire probaret, si CIRCUMVENTUM se, (id est, si *frandi* eam sibi ostenderet) adrogatio revocaretur, *d. l.* 32. *D. de adopt.* (quæ huic, ut dixi, conjungenda est) & *l. proxime seq.* 33. & *l. denique* 3. §. *si quis minor* 6. *D. de minoribus*. Nonnunquam enim id adrogationibus & turpis adrogandi causa suberat, & bona ejus qui arrogabatur, insidiose appetebantur. Unde accurata illa olim cognitio & præcedanea in

adrogationibus, in Comitiis, arbitris Pontificibus & Auguribus intervenientibus: Ubi multa prius CONSIDERABANTUR (ecce quoque *considerandi* vocem ut in hac l.) ne arrogationes temere aut inexplorate committerentur, ut ait Gellius, *lib. 5. cap. 19.* & postea accuratissima illa Magistratus cognitio: de qua *v. d. l. 15. §. 2. l. 16. 17. 18. D. de adopt.* & exinde in Instit. §. *cum autem*, ut æstimaretur, an SALUBRIS adoptio esset: & quidem inter alia, de bonis adoptandi & adoptantium cognitio fiebat. Quarto notandum, revocata & soluta ita adrogatione, adrogatum *pristinum jus* recuperasse, ut Marcianus ait in *d. l. & si pubes 33. pristinum* jus cum ait, ratione bonorum, intelligit non ea tantum *quæ habebat* jam adrogationis tempore, seu quæ ejus tum fuerunt, verum etiam ea quæ constante adrogatione patri adoptivo quæsivit: quandoquidem ea *per adrogatorem*, velut in ejus potestate constitutus, *habere non poterat*: veluti si hereditatem aut legatum ei adquisivisset: utraque, inquam bona, rescissa adrogatione adrogato restituebantur: Quomodo & similiter adrogato aliis casibus reddebantur, qui sane emendationem nostram egregie stabiliunt. Primus casus est, quo utraque pariter bona adrogato impubere mortuo, legitimis ejus successoribus restituebantur, si is intra pubertatem decessisset: inque id etiam satisdatio adrogationis impuberis tempore dari solebat, *l. 17. in fin.* cum quinque legibus sequentibus, *D. de adoptionibus*, §. *cum autem impubes*, *Inst. eod.* ubi diserte dicitur, *& quæ ad patrem adoptivum* TRANSTULIT, *& quorum commodum* POSTEA *ei adquisivit*, *restituenda*, *& l. ult. D. si quid in fraud. patron.* ubi pariter dicitur, D. Pium constitutione sua ei bona quæ patri adquisiit restitui jussisse. Secundo ipsimet adrogato si emancipatus esset, ab adrogatore, vel ab heredibus adrogatoris ante impuberem defuncti BONA indistincte restitui oportebat, *d. §. cum autem Inst. de adoptionibus*, *l. si adrogator 22. D. de adoptionib.* Et in universum tres casus notantur *d. §. cum autem*, quibus adrogato vel heredibus ejus bona indistincte restitui oportebat. Tandem ei quod diximus, de pristino jure, quod adrogatus rescissa adrogatione, ceu in fraudem facta recuperabat, simile quid idem Papinianus noster libro 23. Quæstionum, de adrogatione quæ jure non intervenisset, scribit in *l. justo errore 44. de usucapionib.* Et hæc quidem de utriusque generis bonis rescissa adoptione fraudulenta, adoptato restituendis. Notandum hic & illud, quod tamen ad hanc Reg. non proprie pertinet, si quid in fraudem adoptati a patre adoptivo alienatum fuisset, quasi per Calvisianam vel Favianam id revocatum, teste Paulo in *d. l. ult. D. si quid in fraud. patr.* Neque etiam hic omittendum D. Hadriani decretum, quod idem Papinianus memorat in *l. Imperator 50. D. ad Trebell.* contra patrem, qui filio suo cum sui juris factus esset hereditatem restituere rogatus multa in fraudem fideicommissi fecisse probabatur: eo enim damnum conditionis patri infligendum Imperator putavit, atque ita hereditatem filio restitui jussit, ut ne quid in ea quandiu filius ejus viveret, juris pater haberet.

Per hæc jam, ni fallor, sensim ad veri cubile, seu ad verum hujus Regulæ sensum, & genuinam lectionem, speciemque eniti adducique posse videmur; nempe ut hic sensus sit, (si modo pro *habeat*, hic legamus, *habebat* de quo mox) *cum de fraude disputatur*, ac nominatim in specie hujus Reg. de fraudulenta adoptione, eaque adeo revocanda, deque modo æstimandæ fraudis, *in æstimatione denique fraudis non ea tantum bona venire actorique (qui de fraude sibi illata agit) & sic adrogato restitui oportere quæ habe-*

habebat (tempore adoptionis ,) *verum & ea bona insuper* (quæ deinceps constante adoptione) *habere non potuit* , eo quod is in potestate patris adoptivi esset : Denique utraque bona consideranda esse , restituendaque . Singula expendamus . Primum ait lex , *cum de fraude disputatur* , id est , cum in jure judiciove tractatur , quæritur , quæstio agitatur & quidem de fraudis æstimatione : id enim est de fraude disputare : Et quidem de fraude *actori* ipsi ab adversario facta : *Actor* scilicet in sp. hujus l. est qui de fraude sibi illata agit , actionemque redintegratoriam instituit : Adversarius est *ἀντίδικος*, qui fraudem fecisse dicitur , & adversus quem actor consistit , deque modo fraudis contendit . Quo pertinet & *disputandi* vox. Secundo ait Papinianus , in hac de fraude disputatione *considerandum esse* , &c. nempe judici & Magistratui , ejus enim officium hac Reg. a Papiniano instruitur: pariter ut instruitur in eodem fraudis argumento *l. proxim.* Qua alioquin *considerandi* voce Gellium in Adoptionum argumento uti jam supra notavimus. *Considerare* est , ad aliquid , quod oportet , mentis aciem adhibere , intendere : eaque vox judicum notioni propria , ut apparet quoque ex *l. in fraudem* 5. §. 1. *de test. mil.* Eademque sæpe utitur idem Papinianus eodem ferme semper sensu *in l. salarium* , *D. mandati* , *l.* 50. §. *si creditor de peculio* , *l.* 28. *de novationib. l.* 34. §. *Imp. D. de statuliber. l.* 4. *de usuris*. Tertio Papinianus ait , considerandum non esse , *quid actor* (verbi gratia adrogatus) *habebas* , tempore scilicet fraudis admissæ , nam ita hic reponendum omnino est ; sive ita archetypum distinctis literis habeat ; sive tralatitia Pandectarum Florentinarum scriptura hic quoque ita præferat , *haBeas* , loco *habebat* . Geminatæ scilicet ibi literæ , imo & quandoque syllabæ , sive continuæ , sive de proximo frequenter non iterantur , unaque illæ contentæ sunt . Unde etiam non una errorum materies . Quod , ne alia quamplurimum huc congeram jam aliis notata , ostendit vel hic titulus ipse , non uno loco . 1. Sic in *l.* 1. *h. t.* QUÆ , pro *quæque*: & QUOD , pro *quodquod*. 2. Sic in *l.* 156. §. 2. scriptum fuisse videtur *NOcuit* , pro *non nocuit* . 3. Sic in *l.* 160. §. 2. *plURIS* , loco plus juris. 4. Sic in *l.* 163. *culus* , pro cu jus . 5. Neque absimiliter in *l.* 178. *in princ.* ibi in *his quæ officium PER liberas fieri personas* , reponendum , *in his quæ per officium per liberas fieri personas*, 6. Quin imo & in hac quoque ipsa l. mox pro QUID legendum videatur *Quidquid* . Ad rem . Ergo definit Papinianus hac Reg. in hac *de fraude disputatione*, considerandum non esse quid actor fraudem passus tempore fraudis admissæ habebat , id est , non id unice spectandum esse: *il ne se faut pas arrester là*. Quid igitur ? Considerandum esse ait , quod *quarto* loco hic notandum , ac proinde restitui oportere rescissa adrogatione adrogato , *QUIDQUID per adversarium habere non potuerit* , & sic duo genera bonorum hic aperte ponuntur & conjunguntur : Ea scilicet quæ fraudis admissæ tempore actor seu adrogatus habebat , & ea quæ postea habere non potuit per adversarium. Ubi *quinto* loco notandum per *adversarium* , non esse utique per negligentiam seu culpam adversarii , (ut sibi hic male persuadent Interpretes) quasi in sp. hujus l. ipse quid percipere neglexerit , quod actor habere potuisset , verum *per adversarium* , hic est , impedimento *ἐμποδίσματι* adversarii intercedente : ut in specie nostra , obstante intercedente adversarii persona , *familiaque vinculo* , ut idem Papinianus loquitur , in *l.* 86. *D. de acquir. hered.* quo scilicet fit , ut quod filio defertur , filius habere non possit : nempe , quia quod filio defertur ne momento quidem in persona filii subsistere potest , sed patris fit , *l. placet* 79. *de*

 adquir.

adquir. hered. Et sic ut *per filium* patri adquiritur, ita retro *per patrem* filius habere non potest. Quare rescissa adrogatione, solutoque vinculo potestatis ob fraudem in adrogatione admissam, in restitutionem veniunt, non ea tantum bona quæ adrogatus tempore fraudulentæ adrogationis habebat, & in adrogatorem tum transtulit, sed generaliter QUIDQUID per eum, deinceps quoque, constante adrogatione habere non potuit: Ergo generaliter omnia bona sive ex adrogationis tempore idem habebat, sive postea ei delata fuerunt. Nempe in sp. hujus Reg. fraudisque judicio, adrogator de hoc *disputabat*, contendebatque adeo, ea tantum a se bona integranda restituenda, quæ adrogatus habebat, transtuleratque in se, non vero ea quæ deinceps per eum adquisita fuerant: contra contendebat actor, fraudem passus, & hæc quoque sibi præstanda, restituenda. Hæc cum ita sint, beneque fundata putem, novaque, ni fallor, luce seu interpretatione hæc Reg. collustrata sit, minime, opinor, violenta, jam facile dignosci potest, quam frustra sese in ea explicanda interpretes hactenus torserint: imo quam multa ad eam ab his secus admissa fuerint. Illud immotum semper esse debet, nullo modo hic agi de fraudatoriis illis actionibus, Pauliana scilicet, Faviana, Calvisiana, quæ proditæ sunt, *aliisque* competunt ad revocanda ea quæ ab alio in necem seu fraudem suam ALIENATA sunt, puta a debitore vel liberto in fraudem seu necem creditorum & patronorum: in qua tamen plerique specie Cujacius etiam ipse, hic ferme adquiescunt, verum, (quod hic cum primis observandum est) agi de eo quod ACTOR ipsemet fraudem ab adversario passus revocari intendit: *Actor* in hac l. est fraudem passus: *adversarius* qui fraudem illi fecisse dicitur: inter quos proinde redintegratorium judicium agitatur. Item, non agi hic de emolumento deque fructibus *non perceptis*, cum percipi *debuissent*, sed de bonis *adventitiis*, quæ in sp. hujus l. post adrogationem adrogato ipsi delata fuerunt, quæque ipse habere non potuit impediente vinculo patriæ potestatis, quæque adeo pater adrogator sibi adquisivit.

Et hæc quidem de genuina hujus Reg. specie & sententia quæ tamen generalior est & in aliis speciebus cum de frande disputatur obtinet: *Generaliter*, inquit Papinianus, *cum de frande disputatur: Generaliter* inquit: quam vocem universalem Papinianus sæpe regulis suis præmittit vel addit: ut *l. 5. D. de usuris*, quæ ex eodem libro desumpta est. Exemplum ponendum non est in herede qui rem Titio legatam eidem ignaro vendidit: quod a Roberto factum est, ut jam indicavi, ex *l. 33. §. quod si rem, D. de legat. 1.* neque enim ibi ulla bonorum differentia seu oppositio, ut hac l. continetur: Verum ponamus, in emptione hereditatis aut fundi, per fraudem & circumscriptionem emptoris? Sane emptor rescissa venditione, restituet non tantum ea quæ ex hereditate habebat creditor tempore venditionis, verum & alia deinceps, quæ ex illa hereditate erant vel ex fundo *revera percepit*: rescissa enim venditione, & hæc non minus quam illa in restitutionem venient: in quibus inter alia fructus quoque sunt *percepti* ex re vendita: cujus rei exemplum habemus in minore, in sp. *l. 24. §. 4. 27. §. 1. in fin. D. de minoribus.* Quanquam & vox GENERALITER initio *hujus l.* non magis ad alias species referenda cui videri possit, quam ad id quod mox dicitur, *Quidquid per adversarium habere non potuerit*: & sic ut omnis generis bona generaliter indicarentur & includerentur. Tutior tamen est prior interpretatio: nam & sic, quod jam dixi, hanc generalem vocem Regulis suis Papinianus præmittere solet.

FRAUS

FRAUS *unde æstimanda veniat.*

LXXIX. IDEM (*Papinianus*) *libro trigesimo secundo Quæstionum.*

Fraudis *interpretatio semper in jure civili, non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur.*

ET hæc Reg. ut superior, est de FRAUDIS æstimatione, unde scilicet *Fraus* æstimanda judici sit, num videlicet ex eventu *duntaxat*, an vero ex consilio *quoque*: Et postremum istud asseritur, hac sexta e Papinianeis Reg. quæ ad leges *Caducarias* pertinet. Neque enim ea proprie (non magis quam superior) pertinet ad Revocatorias actiones, quibus alienata factaque in fraudem creditorum & patronorum revocantur, & sic ad Paulianam, Fabianam & Calvisianam actionem, quod Cujacius tamen quoque credidit: verum, est ea de fraude admissa in FISCI, seu legum, JURISQUE CIVILIS (ut hac ipsa l. dicitur) fraudem: eaque publice plectenda. Neque etiam debuit hæc Reg. a nonnullis eidem Papiniani libro reddi, e quo superior Reg. desumpta est, vel una interpretatione illustrari unaque fidelia dealbari, quod plerique interpretum faciunt: Quanquam & vim ejus ad fraudatorias quandoque actiones porrigi posse non inficior: Sed nos de genuina specie quærimus.

Quæstio igitur hujus Reg. eo pertinet, quemnam velut fraudatorem, fraudisque adversus fiscum *Jusque civile* admissæ reum, atque adeo pœnis *sanctionibusque* legum obnoxium, censeri oporteat? Denique est de Fraudis adversus Jus civile admissæ *Interpretatione* (a Judice scilicet facienda) *Interpretatione*, inquam, quomodo hoc titulo non una interpretandi & Interpretationis vox exaudienda est. Quomodo & *doli mali interpretatio* dicitur *l. si servis* 61. §. 6. *D. de furtis*: item, bonæ fidei interpretatio *l. ab emptione* 58. *D. de pactis*: id est, quis fraudem, quis dolum admisisse dici judicarique Juris Judicisque interpretatione possit: Contra quis bonam fidem gerere. Eo enim pertinet hac l. ut *Interpretationis*, ita & *desiderandi* vox, propria in his quæ a Judicis officio pendent. Quæ *desiderandi* vox hic mutari non debuit a Pet. Fabro, in *considerandi*: maxime cum & *desiderandi* vox eodem sensu accipiatur in *l. ult. Cod. si reus vel accus.* Et supra *l.* 71. *causa cognitio desiderari* dicitur: ut & *l.* 68. *supr.* genus actionis desiderare beneficium. Neque movere quemquam debet, quod *desiderandi* vox fraudi incommode aptetur: nam imo hic non fraus desiderare dicitur, sed desiderari interpretatio fraudis. Ac nominatim, quæritur hac l. quis fraudem admisisse censendus sit, ubi aliqua Juris Civilis parte seu specie, veluti lege aliqua, fraudi vel fraudatori pœna imposita est? Et vero definitur, fraudem & fraudatorem semper in Jure Civili non tantum ex eventu, verum ex consilio quoque a Judice æstimandum, id est, non satis esse, ut re ipsa seu eventu fraus legi facta fuerit seu ἐκβάσις, ita ut judex ab eventu facta hic notanda putet, verum requiri insuper προαίρεσιν, σκέμμα, διάθεσιν, id enim est consilium, ut *l.* 75. quoque, animi propositum: Nam & retro consilium seu διάθεσις hanc ad rem non sufficit, nisi effectus sequatur. Quandoquidem nudæ cogitationis extrinsecum in actum aliquem non deductæ nulla Jure Civili pœna est, de quo solemnis est *lex cogitationis*

tionis 18. *D. de pœnis*. Utrumque igitur hac parte concurrat necesse est & eventus & consilium, non alterutrum duntaxat: Nempe, (qui hujus quæstionis scopus seu finis est) si de sanctionibus legum seu de Pœnali Judicio agatur, ut tanquam fraudis adversus leges admissæ reus plecti puniri quis possit, semper concurrat necesse est & eventus & consilium: *semper in Jure Civili*, id est, in omni Juris Civilis parte, seu specie legum: Alioquin, si de rei fraudatoriæ actione persecutoria agatur, ad nudam videlicet facti revocationem, etsi in plerisque in fraudem privatorum admissis, utroque *pariter* juxta opus sit, consilio, inquam, & eventu, ut in manumissione seu libertatis datione, & alienationibus inter vivos in fraudem legis Æliæ Sentiæ & creditorum, quo casu datur actio Pauliana, *l.* 9. 10. §. 1. 7. *& l.* 15. *D. quæ in fraud. creditor. l.* 1. *in fin. de statuliber.* §. *in fraudem* 3. *Inst. quibus ex causis manum.* Attamen eventus quandoque sufficit: ut in Adoptione, in sp. *l.* 78. *super prox.* in fideicommissaria manumissione, ut in sp. l. 4. §. *si in fraudem* 19. *in fin. D. de fideic. libert. & l. ult. Cod. qui manumittere non possunt*: In mortis causa donationibus, legatis & fideicommissis in fraudem patroni, *l.* 1. §. 1. *si quid in fraud. patroni*. Verum, eo non pertinet species hujus l. seu Regulæ, verum ad pœnam fraudis admissæ adversus JUS CIVILE, seu civiles leges: *In jure civili* ait lex, id est, in quacunque Juris Civilis parte seu specie, quæ recensentur *l.* 7. *D. de just. & jure*, quæ eundem Papinianum auctorem habet. Quo ipso sensu infr. *l.* 202. dicitur omnis definitio in Jure Civili periculosa: quomodo & dicitur *in toto jure in l.* 80. *infr.* Genuina hujus Reg. species spectat ad Jus Civile, *Legis Papiæ Caducariæ*: nam de caducis hoc libro 32. Quæstionum actum Papiniano ostendit *lex* 61 *D. de rit. nupt.* (ubi agitur de dote caduca) item *lex* 14. *D. de his quæ ut indign.* (ubi agitur de bonis ereptitiis) *lex* 74. *de condit. & demon.* (ubi agitur de jure accrescendi per legem Papiam sublato) Scilicet, explendo ærario Augustus lege Papia varios casus invexerat adversus jus antiquum, quibus bona in fiscum caderent; unde & *Caducorum* & *legis Caducariæ* nomen, jure adcrescendi inter cætera inter coheredes legatarios conjunctos sublato: Post casus igitur Caducorum sigillatim expressos, *sanctionem* procul dubio extrema parte adjecerat Augustus, *Adversus eos qui fraudem legi facerent*, ac nominatim qui tacitam testatori fidem accommodarent, ad legem eludendam, præstitis videlicet tacitis fideicommissis incapaci, id est, ei qui ex ea lege non poterat quicquam aut minus ex testamento capere, quomodo Hieron. *ad Nepotianum per fideicommissa legibus illudi* simili occasione scripsit: Ad quam alioquin legis Papiæ sanctionem pertinet *lex* 35. *D. de mort. caus. donat. l.* 12. *de condict. caus. dat. l.* 1. *de adim. legat. l.* 82. 83. *de adquir. hered. l.* 10. *D. de his quæ ut indign. l.* 5. *D. de oper. serv. l.* 3. *D. de jur. fisci*, *l.* 140. *de V. S.* Eodemque pertinebat liber singularis Pauli *de tacitis fideicommissis*: Eodem tandem pertinet hæc Reg. Nempe fidem accommodantibus in *fraudem* legis Caducariæ duobus concurrentibus, pœnam minitatus fuerat Augustus: Primum est, si tacite fidem accommodarent; aliud vero si palam & expresse, ut docet *lex* 90. *D. de leg.* 3. *l.* 3. *D. de jur. fisci*. Alterum, si sciens prudens dolo malo tacitam fidem quis accommodasset *l.* 6. *D. de jur. & fact. ignor.*

Finge nunc igitur, heredem tacite rogatum, ut cuidam incapaci legatum vel fideicommissum præstaret; heres ignarus legatum præstitit personæ isti incapaci quam lex a legato submovet, & sic *eventu* tantum ipso fraus legi facta est? Non ideo heres, veluti fraudis

dis reus aut compertus, peragetur, neque commodo testamenti excidet: Datum factumve equidem in fraudem legis revocabitur, at non etiam is qui dedit mulctabitur quasi fraudis reus: quem alias mulctari oportebat, si ex consilio dedisset, si fraudis consilio: *Consilio*, id est, animo, consulto consilio: Item vice versa, ponamus heredem tacite rogatum, ut cuidam incapaci testamenti tempore, restitueret, sed postea capacem factum? Sane non ex consilio seu nudo affectu, sed ex eventu insuper fraudis interpretatio facienda est, ex *l.* 3. §. 2. *de jure fisci*, quem locum nonnulli perperam ita accipiunt, quasi eo dicatur, solum eventum spectandum.

Nunc igitur tandem liquet, hanc Reg. esse de fraude *personali* plectenda adversus Jus Civile admissa, seu de personali injuria, ubi sane verum est, SEMPER in Jure Civili, ubi *fraudis* mentio fit, fraudis interpretationem non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desiderari, ut tanquam fraudolentus videlicet quis plecti debeat: Nemo enim fraudator censendus est ex solo eventu: Atenim si de fraude reali, actioneque revocatoria quæratur, aliquando eventus sufficit ad revocanda ea quæ gesta sunt, ut jam ostensum est.

Facessant igitur jam irriti interpretum ad hanc l. conatus: Facessat nova Rævardi Jurisprudentia, accipientis hanc legem de dispositione testatoris in fraudem legis Juliæ de maritandis ordinibus, seu ad impediendas nuptias, argum. *l. mulieri* 74. *D. de condit. & demonstrat.* quæ ex hoc ipso alioquin libro desumpta est. Nam & legis illius scopus proprie caput legis Caducariæ respicit; quo jus accrescendi non obtinet inter conjunctos re & verbis. Et in specie, quam ponit Rævardus, solum consilium spectatur; cum tamen hac l. etiam eventus desideretur.

Ergo tandem hujus Reg. PARAPHRASIS hæc esto. Si quando in *Jure Civili*, (i. in aliqua *Juris Civilis* specie, vel parte, veluti in legibus, legumque sanctionibus) FRAUDI (adversus legem admissæ) pœna imponitur, totiens, ut pœnæ locus esse possit, *non* duntaxat, seu non solum *eventu* (reque ipsa) fraudem legi factam oportet, *sed* præterea requiritur, ut fraudis *consilio*, fraudandique animo seu proposito, fraus admissa fuerit; Atque ita, FRAUDIS vocem *interpretari* Judicem *semper* oportet, non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque: Breviter hæc *fraudis Interpretatio desideratur*.

De GENERE *&* SPECIE.

LXXX. IDEM (*Papinianus*) *libro trigesimo tertio Quæstionum*.

*In toto jure generi per speciem derogatur *, & illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.*

* re ipsa.

DE GENERE & SPECIE hac Reg. definitur, per hanc illi toto jure derogari, quæ postrema e Papiniani Quæstionum libris Reg. est: Quæ & ipsa proprie ad leges caducarias (pariter uti superior) spectat: arg. *l.* 14. *D. de his quæ ut ind.* (quod alte-

terum fragmentum ex lib. 33. Quæstionum Papiniani superest) cui gemina etiam germana Reg. ab eodem Papiniano proponitur libro 2. definitionum, id est, Regularum, in *l. Sanctio* 41. *D. de Pœnis*. Quæstio est in concursu *clausulæ* seu dispositionis generalis seu universalis, & ejus quæ directa est ad unicam & certam speciem, seu unicum caput, in eodem videlicet actu, seu in eadem scriptura, *in* quocunque *Jure*, sed tamen diversis capitibus & locis, utrum generica specialem quoque comprehendat; ut cæteroquin specialia generalibus insunt, *lex* 147. *infr.* (quæ ratio dubitandi hic fingenda est) cum genus nihil aliud sit quam specierum omnium sub se positarum complexio comprehensio; sic, ut posito genere necesse sit quoque species quaslibet poni: An vero specialis dispositio detrahat & deroget universali clausulæ? Et proclivis est responsio, derogare singularem dispositionem universali clausulæ: *Derogare*, inquam, quomodo etiam hac in re ipsa dixit Paulus, *l.* 99. *in fin. D. de legat.* 3. quomodo *legi derogari* per alteram dicitur, id est, detrahi aliquid, excipi, eximi, minui: Quomodo & exceptio *Regulæ derogare* dici potest. Paulus in *l. si peculium* 10. *D. de manumiss. test.* dixit, *speciem EXIMI de genere*. Et quidem in TOTO JURE. Qua ipsa formula & alias utitur Papinianus, magnus regularum artifex; veluti *l. nequaquam* 24. *D. de excus. Tut.* Cui respondent illæ ejusdem, generaliter, *l.* 78. *supr.* In totum, *l.* 76. *supr.* semper in Jure Civili, *l.* 79. *supr.* Item in omni Jure, *l. filio* 23. *D. de liber. & post. & d. l. sanctio* 41. quæ huic gemina germana est. In toto igitur jure, id est, in omnibus partibus & articulis juris, imo & negotiis, velut in ultimis voluntatibus, ac nominatim in heredis institutione, *l.* 11. §. *qui patrem*, *D. de Vulg. & Pup. subst.* In substitutionibus, ut in *sp. l. coheredis* 41. §. *qui patrem* 5. *D. de Vulg. & Pup.* In legatis, quo pertinent innumeræ leges, & in his *d. l. si peculium* 10. *D. de pec. Leg. l.* 4. §. *codicillis*, & §. *seq. l. uxorem* 41. §. *Felicissimo* 2. & *l. servis urbanis* 99. §. *ult. de leg.* 3. *l.* 10. *D. de Manum. Test. l.* 1. *D. de aur. arg. leg. l.* 2. *D. de pen. leg. l.* 16. §. *pen. l.* 20. *in prin. D. de Alim. leg. l. quæsitum* 12. §. *fin. D. de instructo leg. l.* 9. *de supellect. leg. l.* 2. *D. de Trit. vin. l.* 24. §. 1. *D de Adim. leg.* In Rescriptis, *cap.* 1. & *cap. pastoralis*, §. *ult. extr. de Rescript. cap. studuisti, ext. de Off. Deleg.* Tandem & in legibus sive *Statutis*, eorumque sanctionibus seu pœnis. Quo pertinet proprie *d. l. sanctio* 41. *de pœnis*. Eodemque referenda est hæc ipsa Reg. arg. videlicet *d. l.* 14. *D. de his quæ ut indignis*. Et quidem ad clausulam generalem *sanctioni alicui* (quo pariter pertinebat lex super.) additam. Ut ita hujus Reg. hic sensus sit, ultimam legis alicujus, quæ plura capita continet, quæ Græcis πολυκάλια, ut ex Œcumenio observavit Budæus, & post eum Cujacius, clausulam sive *sanctionem* (ut proprio vocabulo utar) generalem (quæ scilicet novissima parte legis adjici solebat) non pertinere ad ea ejusdem scripturæ seu ejusdem legis capita, quibus specialis pœna illa ipsa lege imposita est: Quæ ipsa sententia est *d. l.* 41. cujus hæc verba sunt: *Sanctio legum, quæ novissime certam pœnam irrogat iis, qui præscriptis legis non obtemperaverint, ad eas species pertinere non videtur, quibus ipsa lege pœna specialiter addita est: Nec ambigitur in cætero omni jure speciem generi derogare. Nec sane verisimile est, delictum unum eadem lege variis æstimationibus coerceri.* Et hæc quidem genuina est hujus R. species. Aptari nihilominus potest hujus Reg. vis, ubi de conflictu seu antinomia duarum diversarum & separatarum legum agitur. Nam quæ lex in certam rem & de parte scripta extat, prom-

promptius seu propius ad causam accedit, & ad judicium magis pertinet. Quare neque hæc ultima conciliandarum legum seu antinomiarum vel enantiophanon in jure ratio est; quod etiam ex insigni loco Ciceronis *lib. 2. de inventione*, patet. Quo alioquin hanc Reg. referebat Giphan. *lib. 1. in 1. cap. de Antinom. 11.*

Aptari quoque potest hæc R. *contractibus* privatorum, nam & in his quoque ea obtinet. E. G. Doli clausula, quæ stipulationibus subjici solet, non pertinet ad eas partes, ad ea capita stipulationis, de quibus nominatim seu in specie cavetur, ut idem Papinian. scripsit, *l. doli clausula 119. D. de V.O.* Cui addenda est & Juliani *lex, stipulationes commodissime, 53. D. eod. tit.* ubi dicit, doli clausulam ad incertos casus, & ad ea quæ in præsentia occurrere non possunt pertinere. Exemplum quoque in speciali remissione pignoris, ut in *sp. l. ult. Cod. de Remiss. Pign.*

Aptari tandem potest hæc Reg. contractibus & pactionibus, seu conventionibus *publicis*, & reservationibus quæ iis continentur: Nam & ibi quoque ex ratione civili, regulisque juris clausulæ interpretandæ veniunt. E. g. conventionum publicarum tabulis singulari capite convenit inter Principes, ut decimarum reditus ad laicos pertinerent, mox fine sive clausula Conventionis Capitulationis quæ multis capitibus constat additum fuit, *Pontificem & Sedem Apostolicam reservari?* Sane Princeps obtentu huius clausulæ generalis adversus specialem illam expressionem venire non poterit.

Ex his tot exemplis, (ut objectionibus nunc occurramus) *limitanda* venit hæc Reg. Scilicet scripta est ea de iis actibus, quibus, sive ii meræ voluntatis sint, atque ab unius arbitrio pendeant (ut sunt leges & testamenta) sive duorum voluntatis fiant (ut sunt contractus) nondum jus alteri quæsitum est ex anteriore aliquo jure: Non etiam obtinet ea, ubi jus jam alteri quæsitum est, tum enim unius speciei derogatio, generi derogare non potest. Exemplum ponamus in hypotheca generali, uni iam quæsita, cui per specialem hypothecam, alii deinceps factam, derogari a debitore non potest, in præjudicium videlicet prioris creditoris, quia is alterum tempore prævenit, ut ab eodem Papin. responsum est *l. 2. D. qui pot. in pign.* Cui accedat & *l. 6. Cod. eod. tit.*

Secundo, huic Reg. tantum locus est, ubi genus & species cadunt super diverso jure, id est, quando uni rei vel personæ aptatur genus, alteri v. species: Secus si super eodem, veluti si uni & eidem genus legatum sit, & species, quia tum species videtur tantum dubitationis tollendæ gratia expressa, ut in sp. *l. 45. 46. D. de legat. 3.* Neque mutat substantiam rei non necessaria verborum multiplicatio, de quo *ad l. prox. l. quæsitum 12. §. ult. D. de fund. leg.* vide & de eo Menoch. *4. pres. 140. num. 36.* Et hoc nisi certum modum generi dedisse testatorem appareat: pariter ut Legislatorem:

Vice versa, ex superioribus genuinis speciebus & exemplis *Amplianda* venit hæc Reg. Obtinet scilicet ea, sive specialis expressio generalem præcedat, (ut in genuina specie hujusce l.) sive sequatur. Textus *in l. 15. D. de peculio leg.* ut notat quoque Bartolus *in l. quæsitum, §. si quis fundum, D. de fundo instructo*. Item obtinet, sive in eandem personam, sive in duas directa sit generalis & specialis expressio, ut docet *leg. 1. D. de Aur. leg. l. 100. §. 1. D. de legat. 3.* Tandem obtinet, etiam si testator vel lex generalem voluntatem suam derogationis difficultate sæpiverit, id est, etiamsi caverit, nolle se quicquam postea derogatum: nihilo secius enim speciali expressione a sciente prudente testatore (vel etiam legislatore) fa-

cta generi derogabitur, *l. 22. in princ. D. de leg. 3. l. 6. §. 2. D. de Jur. Codicil.*

Ex his igitur tandem patet, nihil commune habere cum hac Reg. speciem, quam violente Ravardus huc detorquebat: *ex d. l. 14. D. de his quibus ut indign.* Nam in ea specie genus & species non opponuntur, verum generalis Regula, & singularis exceptio: pariter ut in solenni *lege moris 9. §. 10. D. de Pœn.* Exceptio, inquam, cum diserte videlicet & *ρητῶς* casus aliquis a Reg. excipitur. Atenim in specie hujus R. non excipitur nominatim species a genere, verum ita inter se collocatæ sunt in eadem scriptura species, & genus, uti dubitari merito possit, num species adhuc sub genere comprehendatur. Denique, neque ad hanc Reg. pertinet tractatus *de Jure singulari*, etsi eo quoque jure communi derogetur.

P A R S II.

PAPINIANI REGULARUM,

EX LIBRIS EJUS RESPONSORUM.

De additis DUBITATIONIS *tollenda gratia.*

LXXXI. IDEM. (*Papinianus (libro tertio Responsorum.*

Quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur, Jus commune non lædunt.

E Libris RESPONSORUM Papiniani duæ tantum Regulæ sequuntur, quarum prior hæc; sed (si Papiniani Regulas omnes hoc titulo numeres) octava, e libro tertio *Responsorum* ejus desumpta est: Quam quidem manifestissime ad *contractus* pertinere etsi ipsa satis per se arguat (ait enim *quæ contractibus inseruntur*) id insuper tamen arguunt reliquæ leges ex eodem Papiniani libro tertio Responsorum desumptæ: quæ ostendunt, totum hunc librum tertium Responsorum Papiniani occupatum fuisse in materia *contractuum*.

Speciatim tamen pertinet hæc Regula ad contractum *Mandati*, sive ad Mandatores & Fidejussores: de quibus eodem libro tertio sunt præterea *lex 68. D. de Procurator. l. Fidejussor. 32. D. de Negot. Gestis, l. 19. D. de institor. action. l. 18. D. de Compens. l. 27. D. ad S. C. Vellejan. l. 7. l. qui mutuam 56. D. de mandati, l. 2. D. de pignor. l. 7. D. de fidejussor. tut. l. 51. D. de fidejuss. & mand.* Et sane repetita seu exscripta est hæc lex ex *d. l. qui mutuam 56. in princ. D. mandati*, ubi ea totidem verbis extat: Quod etiam Antonius Augustinus jam monuit, *Emendat. lib. 1. cap. 7. pag. 54.* Ut proinde in specie hujus l. ponenda, nullus labor sit, nullus conjecturæ locus.

Et tamen, ut genuinam speciem lucide fingere possimus, figendus prius pes, præsup-

supponendumque adeo nobis est, 1. Olim, ante Justinianum, ejusque Novellam 4. *de fidejussor. & mandat.* potuisse mandatores & fidejussores a creditoribus eligi, seu prius conveniri, quam reos principales, vel etiam pignoribus non distractis, *l. 2. 3. C. de fidejussor. & d. l. 56.* Fuit hæc olim electionis potestas non etiam novo jure. 2. Item præsupponendum est, etiam reo principali convento, vel pignoribus distractis, rediri posse ad mandatores & fidejussores, *l. penult. Cod. de fidejussor. & mand.* Hoc utrumque *jus commune* fuit, id est jus, quod ipso jure competebat, ex legis providentia, citra hominis provisionem.

His ita præsuppositis, nunc fingamus, creditorem, cum mutuam pecuniam alterius mandato daret, *literis*, id est chirographo, exprimi curasse, *uti liceret sibi mandatorem* (id est eum qui mutuam pecuniam dari mandaverat) *prius convenire seu eligere, quam aut reum principalem, vel ante pignora distracta*: consulebatur Papinianus, utrum ob hanc, sic ut dicam, *insertam*, i. clausulam, & conventionem, posset creditor jure communi pignoribus etiam distractis ad mandatorem redire: an vero, ea conventione electionis tantum jus sibi reservasset, at non etiam redeundi jus ex postfacto? Respondet Papinianus *d. l. 56.* non ideo jus eligendi *literis*, id est chirographo, expressum fuisse, uti jus commune læderetur seu tolleretur, verum dubitationis tantum tollendæ gratia, (εἰς ὑπαίρεσιν ἀπορίας) hac regula pro ratione subjecta. Unde appareat, creditorem noluisse sibi jus commune præripere, verum ad cautelam tantum, ut solent ferme cati cautique creditores ex abundanti ea contractibus inserere, quæ etiam non expressa jure communi satis per se, taciteque continentur & supplentur; ideo scilicet ne qua dubitatio superesse possit; ut docent leges aliæ, puta *l. si cum fundum 68. §. 1. D. de contrah. empt. l. fundi 17. §. si ruta 6. D. de act. empti.*

Et hæc quidem genuina est hujusce Reg. species, & genuina mens. Cum hac ipsa commune aliquid habet, neque tamen ideo confundi velim, quod de testamentariis dispositionibus, seu legatis dicitur: *Veritatis substantiam non mutare non necessariam verborum multiplicationem, & ex abundanti res per imperitiam enumeratas generali legato non derogare*, legatum non minuere *l. pediculis 32. §. Labeo 6. de auro arg. leg.* Item, *l. quæsitum 12. §. pen. D. de instruct. leg. l. legata 9. in princ. de supell. leg.* (Cujus utriusque legis alioquin sententia ex eodem Papiniano, cujus hæc Reg. nostra est, desumpta est): Ergo creditoris jus supervacua hujusmodi clausula non læditur, pariter ut in *sp. l. quæsitum 9. §. 1. D. de distract. pign.*

Cæterum, ut *creditoris* jus commune abundanti multiplicatione & cautela non læditur, quæ propria hujus l. species est: ita retro neque Debitoris, ut in duabus speciebus sequentibus. Prima sumatur ex *leg. 4. C. de pignor. action.* Finge: pactum fuisse, *Ut si ad diem pecunia soluta non fuisset, liceret creditori pignora vendere*: quod utique citra conventionem jure communi licet, quæritur: An ideo debitoris jus commune læditur? quo scilicet *hyperocha* superfluæ seu excurrentis pecuniæ (modum debiti) repetitio ei datur? Quod negandum est, superflui quippe pretii seu hyperochæ petitionem debitor non ideo minus habet: Item finge, in eadem fidejussionis materia, ex *l. 3. C. de fidejussor.* in obligatione adjectum, ut singuli fidejussores in solidum tenerentur, quod ipso jure cavetur, etsi hoc non adjiciatur: An ideo fidejussores beneficium divisionis, quod ex epistola D. Hadriani habent, amittent? Minime: nam licet adjectum illud sit

in obligatione, tamen nihil hæc res mutat conditionem juris & constitutionem, ut dicitur *d. l. 3*.

Et ita quidem hæc Reg. accipienda est de superflua cautione, seu multiplicatione cautelæ, quæ tamen ***secundum naturam*** contractus fit, & juris communis est, dubitationisque tantum tollendæ gratia exprimitur: videlicet, cum id exprimitur, quod alioquin, satis vi ipsa taciteque negotio inest: Quare ab hac Reg. jam removeantur tres aliæ *superflui* species, quas cum hac miscent Interpretes, etsi in iis quoque verum sit, jus commune non lædi ea superfluitate. Primum scilicet, ***Alienum*** sæpe atque Absonum & παρέργον quid prorsus a contractu & extrinsecus stipulationibus adjici superflue potest, nihil ad præsentem actum pertinens, & tum obligatio quoque non vitiatur, veluti si dicatur, *Arma virumque cano, spondeo*, *l. quæ extrinsecus 65. D. de V. O.* sed de eo non est hæc Reg. Secundo *Præter negotii Necessitatem* abundans aliquid περιττὸν addi negotio potest: Quod & ipsum contractibus vel testamentis non obest, *l. testamentum 17. C. de testam.* ubi eleganter Arcadius: *Necessaria prætermissa imminuunt contractus, & testatoris officiunt voluntati, non abundans cautela*. Ad quam speciem pertinet proprie *lex 94. infr. h. t.* quæ cum hac perperam commiscetur: Pariter ut species *leg. si pupilli 6. §. 1. in fin. D. de negot. gestis*: ubi cautio, adpromissio succedanea ἐκ περιουσίας, ut pluribus munimentis quis insistat, ex abundanti, non novat principalem obligationem, pariter *ut l. pen. §. ult. D. de in rem verso*.

Denique est & tertia superfluitatis, imo vitii cujusdam a testatore proficiscentis, species, cum videlicet, *contra Naturam negotii* dies adjicitur, quod & ipsum Negotio necquicquam obest, vitio enim sublato manet negotium, ut in *sp. leg. 34. D. de hered. inst.* (quæ & ipsa Papiniani est). Item in sp. *leg. 17. & 34. D. de manumiss. testam.* Finge, hereditatem vel libertatem ad diem certum usque relictam? Temporis hæc adjectio supervacua est, & ideo vitio temporis sublato manet institutio, manet manumissio: Idemque dicendum, in conditione impossibili vel quasi impossibili adjecta, aliove quo mendo. Verum neque hæc species ad hanc Reg. pertinet.

Ex his tamen omnibus summa hæc conficiatur: Quodcunque tandem *superflui* seu *abundantis* genus, negotio, (contractibus, inquam, vel ultimis voluntatibus) interveniat; sive, secundum jus commune, naturamque rei, *hac l.* sive alienum prorsus *l. 65. D. de V. O.* sive præter naturam, *l. 94. infr. h. t. & l. 17. Cod. de test.* sive contra naturam negotii *l. 34. D. de hered. instit. l. 17. 34. de manum. test.* jus commune non lædere. Aliud vero fuerit, (ut enantiophano nunc occurram, quæque quinta *superflui* species notanda est) si contra substantiam negotii quid addatur, veluti si quis baptizet, *In nomine Patris, Filii & Spiritus Sancti, & omnium Sanctorum*: de quo vide Alciatum, *ad l. 2.* (& ibi *Molin.*) *D. de V. O.* hæc enim adjectio, *& omnium Sanctorum*, procul dubio vitiat baptismum, ut nullus sit.

Ut ad speciem legis nostræ redeamus, necquicquam etiam ei obstat *lex inter 26. §. cum inter 2. D. de pact. dotal.* item *lex cum dotem 22. in pr. D. soluto matrimonio*: Finge: Pater, cum dotem daret pro filia, pepigit, *Ut dos a se profecta, ad se in casum mortis rediret*; vel pepigit, *Ut dos sibi restitueretur defuncta filia sine liberis in matrimonio*? Quæritur, utrum hac pactione jus commune lædatur, id est utrum non priore casu etiam divortio soluto matrimonio dos profectitia ad patrem redeat, posteriore utrum non

non etiam liberis superstitibus defuncta filia dos ad patrem redeat, quod utique utrumque de jure communi obtinet? Et definitur, hoc casu jus commune lædi, cum tamen contrarium hæc Reg. suadere videatur, quasi pater dubitationis tantum tollendæ causa id addidisset. Verum, dicendum est, in proposita specie, satis apparere ἐκ τῆς ἀντιδιαστολῆς, sive a contrario sensu, mutua conventione id actum, ut a jure communi recederetur, sic ut unius casus expressio, alterius exclusio esset, atque adeo in casum divortii liberorumque superstitum dos ei non redderetur: Nempe quia per modum conditionis unicus casus conventione comprehensus fuit, *si filia mea decesserit in matrimonio, si filia mea in matrimonio decesserit nullis superstitibus liberis*, ut proinde hic casus ad contrarium casum trahi non possit. Eodemque argumento in legibus interpretandis utendum est, uti utuntur Jurisconsulti, & quidem Papinianus ipse in *l.1.D. de offic. ejus cui mand.* & Ulpianus in *l.* 20. §. *mulier*, *D. qui testam. fac. poss.*

Postremo loco observandum, ne id quoque omittatur, ut maxime superflua cautione Jus commune non lædatur, sæpe tamen fraudis suspicionem induci, ex nimia & superflua cautela, & insolita clausula: *Nimia cautela dolus est*: ut not. per Gloss. *in l. si quis sub. D. de condict. indeb.* & Baldus ibi, de quo plura Decius *hic.*

DONARI *quid videatur.*

LXXXII. IDEM (*Papinianus*) *libro nono Responsorum*:

DONARI *videtur, quod nullo jure cogente conceditur.*

DE DONATIONE est hæc Regula: quæ repetita extat in *l. donari* 29. *D. de donationib.* quanquam inscriptio ibi variat: tribuitur enim ea libro Papiniani *decimo*, vel *duodecimo* Responsorum. Verum hinc omnino emendanda videtur illius legis inscriptio: Cujacium enim non audio, cum aliquando credidit, in utraque lege & hac & illa legendum *octavo Responsorum*: ut ita his societur lex *vir usuras* 54. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Rectius idem *recitat ad Papinianum*, dictam legem 29. hinc emendandam scripsit. Ad rem. Quæritur hac Reg. quidnam proprie *donatum* dici debeat vel possit? Nempe, id demum quod quis nullo jure cogente concessit. Quod quidem apertum habet sensum: eique plures aliæ leges concordant: ipsa etiam donationis definitio *l.* 1. *de donat.* item *lex* 214. *de V. S.* Donatio scilicet ex mera voluntate, libertate & liberalitate proficiscitur, *d. l.* 1. *de donat.* contra necessitas omnis & coactio ei adversatur. Exempla seu species effectusque hujus rei passim obvii in *l.* 19. §. 4. *D. de donationib. l. proxime* 50. *D. de ritu nupt. l.* 45. §. 1. *de administrat. tutor. l.* 21. *D. de donat. inter vir. & uxor.* (ubi eleganter quoque dicitur, *non donare eum qui necessariis oneribus succurrit*): in *l.* 18. *D. de adim. leg.* (ubi dicitur, *neminem in necessitatibus liberalem existere*) in *l. unum* 67. §. 1. *D. de legat.* 2. (ubi idem Papinianus, *non enim facultas necessariæ electionis propriæ liberalitatis beneficium est*) & in *l.* 84. *D. de hered. instit.* Omitto alias. Atenim species hujus l. eruenda nobis venit: & quo nam ea proprie spectet, videndum est.

Igitur, cum de *legatis & fideicommissis* hoc libro 9. egerit Papinianus, exinde species huc

huc aptanda venit: & vero aptanda est, quod Cujacius etiam voluit, primum ex *l. Cerdonem* 42. *D. de operis libert.* quæ ex hoc ipso libro desumpta huic conjungenda est. Finge, testator herede extraneo instituto, ab eo, libertatem fideicommissariam servo reliquit, sub hoc modo; *Ita ut operas heredi promittat*? Non potest heres hujusmodi liberto operas imponere, neque potuit testator juri publico renuntiare, inquit Papinianus: jus enim publicum hoc est, ut is demum munus operas imponere possit, qui propria liberalitate, nullo videlicet jure cogente, libertatem donavit, concessit, contulit, non qui debitam præstitit *l.* 50. *D. de ritu nupt. l.* 4. *d. l.* 42. *& l. Campanus* 47. *de operis libert.* Aliud est in suo herede: quia tunc quasi Patroni filius operas imponere potest, quia & ipse quodammodo donasse videtur, propter fictionem suitatis & identitatis personæ, *l.* 33. *D. de fideicomm. libert.* Et hæc quidem prima species huic regulæ aptari potest. Sed fingamus retro, eidem speciei inhærendo, libertum ex fideicommisso ita manumissum heredi operas promisisse, concessisse? Sane, si sciens consultaque opera, cum sciret se operas recusare posse (non si inscius, non si coactus) eas promisit, tenebitur *d. l.* 47. *& d. l.* 42. *de operis libert.* *Quia* (inquit Jurisconsultus *d. l.* 47.) *donasse videtur*: Donasse autem ideo (quod hac regula dicitur) *quia nullo jure cogente concessit*, id est, nullo juris vinculo coactus.

Possit & hæc tertia species aptari ex *l. eo quod* 92. *D. de condit. & demonstr.* quæ & ipsa ex eodem Papiniani libro 9. Responsorum refertur: Finge: legatarius rogatus est emancipare filios suos? Ne accepto quidem legato eos emancipare cogitur, jure scilicet ordinario, vel secundum vulgarem formulam, *d. l.* 92. *& l. filiusfamil. §. secundum, D. de legat.* 1. At quid si ultro emancipaverit, an eis donasse videbitur libertatem? Ita videbatur: sed tamen non ita est, quia extra ordinem, saltem extraordinario jure seu auctoritate Principis emancipare cogitur, atque si sub ea conditione ei legatum fuisset, *d. l.* 92. Non videtur scilicet donare, qui *vel* extraordinario jure cogente concedit donatve: is contra demum donat, qui NULLO jure cogente concedit. Atque hactenus genuinæ species quæ ex ejus libri, unde hæc lex desumpta est argumento peti possunt. Addamus hanc extra Legatorum jam materiam speciem: Servo quis pecuniam credidit: deinde is liber factus eam expromisit? Non erit donatio, sed debiti solutio: *l. hoc jure* 19. §. 4. *D. de donationib.* Quia scilicet solvit quod debet *aliquo* jure, nempe naturali. Tandem igitur ita colligamus, eum demum donare videri, eum donatoris jure locoque habendum, qui nullo jure cogente concessit, nulla necessitate, ne vinculo quidem naturali, neque si jussus, neque extraordinario jure: contra donare non creditur, donator non est, qui aliqua necessitate, vel naturali, inquam, vinculo vel civili, vel Prætorio, & extraordinario quid debitum solvit, vel ex mandato aliquid præstat.

Hujus rei occasione, de duobus potissimum ad hanc legem quæri solet: de *Dotis datione*, deque *Donatione remuneratoria*, utrum & hæ species donationum sint? Quod priorem attinet, sane *l. ult. C. de donat. ante nupt.* diserte dicitur, antiqui juris conditores inter donationes etiam dotes connumerasse: contra *l.* 19. *D. de ritu nupt.* dicuntur patres cogi dotem dare: item *l. ult. C. de dotis promiss.* omnino paternum esse officium dotem pro sua dare progenie, idque legibus cautum. Imo & mater pietatis causa dotem dare dicitur, etsi non sit obligata, *l.* 92. §. 2. *D. de cond. indeb.* De remuneratoria donatione seu ἀντιδώρῳ absolute dicitur, eam non esse donationem, sed officii mercedem

dem quandam, mercedem laboris, *l. Aquilius* 27. *&* *l.* 34. *seu penult.* §. 1. *in fin. de donationibus:* Paulus 5. *sent.* 11. §. 6. ad quam quis naturaliter obligatur, *l. sed etsi lege* 25. §. *consuluit* 11. *D. de petit. hered.* velut beneficii debitor, *l.* 54. §. 1. *de furtis*. Cujus etiam donationis remuneratoriæ & mercedis duæ species sunt: una, quæ post officium præstitum fit: altera, ex contractu in antecessum promissa, ut in sp. *l. hoc jure* 19. §. 1. *D. de don. l. si ut certo* 5. §. *nunc*, *D. vi bonor. raptor.* quæ jam contractus, cui intervenit, nomen & actionem subit: Quid ergo? Sunt hæ donationum quidem species, sed non *meræ*, ut de remuneratoria dicitur *d. l. Aquilius*: sunt scilicet donationes ex eo, quod & dotis datio & remuneratio initio & prima causa inspecta ex libera mente proficiscuntur, etsi pietatis & honestatis genere quodam suadente magis quam cogente: Non vero sunt meræ donationes, quia illa permutationis speciem effectu ipso continet, hæc vero necessitati per leges subjecta fuit; cum & parentes quidam minus pietati hac parte satisfacerent, & Reipublicæ interesset, fœminas dotatas esse, medioque dotis viros habere, invenire.

P A R S III.

PAPINIANI REGULARUM,

EX LIBRIS EJUS DEFINITIONUM.

AMITTERE *quid quis videatur*.

LXXXIII. IDEM (*Papinianus*). *libro secundo Definitionum*.

Non videntur * *rem amittere, quibus propria non fuit*.

* *videtur*: & mox, pro *quibus cujus*, Vulg. & Haloand.

POSTREMA hæc e Papiniani Reg. unica e libris ejus *Definitionum* (id est Regularum, ut ostendetur ad *l.* 202. *inf. h. t.*) uti Logicum, seu topicum sensum continet, ita & facilem vulgo creditur habere sententiam, quod tamen non ita est. Neque enim eo tendit, quo tritum illud Logicorum axioma, quod *privatio præsupponat habitum*, quo pertinet sane *lex* 208. *inf. h. t.* Quare verum ejus sensum, genuinamque speciem & quæstionem nondum apponunt Interpretes, neque Græci, neque Latini, imo ne Cujacius ipse. Quo fit, ut alia omnia ad hanc l. vulgo tractentur, quam quæ oportuit.

Primum, non quæritur hac Reg. de *Statu hominis*: quo sensu alioquin dicitur, servum non videri capite minutum, qui caput non habet *l.* 3. §. *ult. D. de capit. minut.* §. *servus* 4. *Inst.*

4. *Inst. eod.* & *l.* 12. §. *ult. D. de accusat.* verum de REI amissione est hæc Reg. Et Secundo tamen, non quæritur *hac l.* de re quæ NONDUM propria est, & tamen quæ propria futura fuisset, nisi aliquid jam intercessisset; quo sensu dicitur, non videri vi dejectum, qui nondum in possessione fuit, quique prohibitus tantum fuit ingredi possessionem *l.* 1. §. *eum qui, l.* 3. §. *uti frui, D. de vi & vi arm.* (quam alioquin speciem unam e tribus, repudiatis aliorum exemplis, *in Papinianum* inter alias Cujacius apponebat) imo & *comment. ad hunc titul.* indicavit. Quo item sensu dicitur, usumfructum non videri amissum, qui nondum constitutus est, *l.* 1. §. 1. & *ult. D. quib. mod. usufr. amitt.* & *l. Sempronius* 26. *D. de usufr. leg.* Paulus 3. *sent.* 6. §. *usufr. l. pen. Cod. de usufr.* Quo sensu dicitur, servitutem non amitti quæ nondum constituta est, *l.* 19. *D. quemadm. servit. amit.* Quo sensu dicitur, possessionem quæ nondum enata est, non repudiari vel amitti, *l.* 1. §. *decretali, D. de success. edicto.* Quo sensu dicitur, non videri desiisse, quod nec incepit, *l.* 96. *de condit.* & *demonstr.* & *d. l.* 208. *infr.* quam cum hac l. Interpretes conjunctim perperam explicant, unaque fidelia dealbant. Quo postremum sensu dicitur, liberatum eum non videri, qui nondum obligatus fuit, *l.* 116. *de V. O. l.* 21. *de solutionib.* Quæ tamen species hic a Cujacio inter alias apponitur: neque enim hac Reg. agitur de re *nondum* propria, sed de ea quam quis jam velut propriam tenet, sed quæ tamen revera propria NON est.

Tertio, non opponitur hic proprium *usuario*, id est, ei rei cujus usus tantum ad nos pertinet: quo sensu sæpe opponitur proprium usuario, ut vel locis illis quæ mox afferam.

Quarto, non opponitur hic proprium, *communi*: de quo est lex *itinere* 28. *D. de servit. præd. inst.* ex qua tamen Cujacius *comm. ad hunc tit.* sumi posse speciem indicabat.

Quinto, non opponitur hac Reg. proprium ei quod alienum est, quomodo *proprium* alieno opponitur: veluti quod in argumento donationum inter virum & uxorem dicitur, *l. sed etsi constante* 28. *D. de donat. inter vir.* & *ux. l. si vir uxori pro donato*: donationem rei alienæ quam forte suam maritus existimabat in uxorem collatam valere, quia ea tantum donatio inter conjuges jure civili prohibetur, quæ conjugem pauperiorem facit, id est, per quam maritus rem suam amittit: non videtur autem id amittere quod proprium ejus non fuit. Quam alioquin speciem hic quoque unam e tribus apponebat Cujacius: Neque enim hic proprium opponitur alieno, sed ei quod quodammodo proprium videtur, & tamen non est. Quare Græci quoque minus recte, hanc Reg. ita verterunt, *ου δοκει το πραγμα απολλυειν, ο μη ων αυτου δεσποτης*: appositis etiam alienis speciebus. In specie enim hujus Reg. dominus quidem quis rei præsupponitur, verum non proprio jure seu *βεβαιως*.

Neque sexto loco hic opponitur, *proprium*, alicui alteri juri, quod quis in re aliena habet, ut est pignus: ut cum quæritur, ad quemnam rei alicujus amissæ, casusque fortuiti periculum pertineat, num ad dominum cujus res propria est, an vero ad alium, qui jus aliquod ad rem habet: ut est creditor: quam speciem Græci apud Harmenopulum hic apponunt, *lib.* 3. *prochiri cap.* 9. & Cujacius quoque primo loco hic apposuit: Imo & *commentario in hunc tit.* profitetur, se nihil adhibere quod huic Reg. magis accedit. Quo sensu dicitur, pignoris amissi periculum ad dominum, id est, debitorem pertinere, non ad creditorem, cujus res propria non fuit, *l. cum & sortis*, 35. §. 1. *D. de*

D. de pignoratitia actione: nam ut jam dixi, *proprium* hic non opponitur alieno, verum ei quod quodammodo in bonis constitutum proprium videri potest. Facessant igitur tres illæ species, quas Cujacius hic apponebat.

Postremo, proprium hic non opponitur, lucro sperato: quasi dicatur, non videri amisisse quem id quod compendii vel lucri facturus fuisset: quo sane sensu damnum acceptum & lucrum interceptum opponuntur, quo pertinet *lex* 33. *D. ad l. Aquil.* item alienatum, & lucrum spretum, ut in sp. *l. non fraudantur* 134. *in princ. infr.* & *l.* 6. *quæ in fraud. credit.*

Non igitur, ut summatim colligam, pertinet hæc Reg. ad statum personæ: neque proprium opponitur rei nondum propriæ, non rei usuariæ, non communi, non alienæ, non pignoratæ, non speratæ. Quid igitur? *Proprium* in hac Reg. opponitur ei rei, quam etsi possideamus vel teneamus jam, tanquam domini, & in bonis nostris, tamen non possidemus velut PROPRIAM. Deque ea definitur, *Eum non videri rem amittere, qui rem*, etsi quadamtenus & naturaliter a se possessam, *non* tamen *propriam, amisit*, 1. Non *videri*, inquam, id est, ut maxime id in speciem videatur, attamen non re vera: pari sensu quo eadem hæc formula aliis quamplurimis Regulis usurpatur, hoc titulo, puta quatuordecim, *l.* 13. 48. 51. 52. 63. 93. 116. §. 2. 118. 121. 139. §. 1. 155. §. 1. 167. *in princ.* & §. 1. 187. Nempe hac formula contra itur τοῖς φαινομένοις, in speciem apparentibus: 2. *Propriam*, inquam, id est stabili, firmo, incommutabili, inconcusso dominii jure, non temporariæ possessionis titulo, & ad placitum alterius, suam: Id enim *proprium* signate dicitur; cujus videlicet a se possessæ æterna auctoritas est, neque ab alieno ea pendet arbitrio aut fastidio, non temporale aut mutuum. Contra, *non proprium* dicitur, quid etsi quodam jure nostrum sit, non proprio tamen, inconcusso, βεβαίῳ & ἀσαλεύτῳ jure proprium est. *Proprium*, pro perpetuo & βεβαίῳ ἀσαλεύτῳ passim. Ex innumeris testimoniis Terentius Andr. *Nihilne esse proprium cuiquam*? ubi vide Donatum. Plautus Mostellaria,

Atque illum amatorem tibi proprium futurum in vita.

Trinummo Actu 5. Sc. 2.

Num beneficium homini proprium quod datur, proprium sumpseris.
Quod datum est utendum, id repetendi copia est quando volis.

Idem in Curculione, *mutuum facere* & *proprium facere* opponit. Lucilius 17. Satyr.

Cætera contemnit, & in usura omnia ponit
Non magna, proprium vero nil neminem habere.

Idem lib. 17.

Quum sciam nihil esse in vita proprium mortali datum.

Cn. Gellius Annal. 3. apud A. Gellium *noctium Atticar. lib.* 13. *cap.* 21. *Uti liceat nuptiis propriis & prosperis uti*. Virgil. 1. Æneid. *Conjugio jungam stabili, propriamque dicabo*; id est ad discrimen mulieris usuariæ. Idem lib. 6. *propria hæc si dona fuissent*: ubi vide & Servium. Macrobius lib. 1. Somnii c. 21. *Proprium habere diceretur, si* SEMPER *habere liceret*; vide & Nonium, *cap.* 4. *verbo*, *proprium*, qui multa id genus cumulat. Ad rem. Rerum scilicet quæ ad nos pertinent, quæque in bonis nostris sunt, duo genera sunt: unum eorum, quæ pleno, proprioque & immutabili, βεβαίῳ ἀσαλεύτῳ jure nostra sunt: alia quæ non proprio, sed revocabili & temporaria possessione.

ne. Hujus generis est *peculium* servi & filiifamilias: quod utique etsi veluti patrimonium filiifamil. vel servi sit, *l. 39. 47. in fin. D. de peculio*: *§. actiones autem, Instit. de actionib.* in bonis tamen patris & domini est; de quo, ad *leg. 93. infr.* & ad nutum domini & patrisfamil. crescit, decrescit, moritur, *l. 40. D. de peculio*: hominis instar *dict. l. 40.* cui vita propria data non est.

Sane Papinianus hoc libro 2. Definitionum inter alia egit de Alienatione, Possessioneque amittenda: ut docent *lex in tabulis 36. D. de statuliber. l. licet 45. l. possessio 49. D. de adquirenda & amitt. possess. & l. 11. de divers. & temp. praescr.* quae ex eo libro desumptae huic conjungendae sunt. Ac nominatim actum Papiniano de servo fructuarii, qui naturaliter a fructuario tenetur, *dict. l. 49.* (cui alioquin concinit Ulpiani *lex naturaliter 12. D. eod.*) ubi & possessio plurimum de jure mutuari dicitur. Item, de vi dolo (nam ita ibi rescribendum) aut precario possesso, *d. l. 11.* Denique & de re peculiari: seu de peculio filiorumfamilias & servorum, non tantum castrensi, *l. 17. de castrensi peculio*: sed & de pagano, *d. lex 49. §. 1.* Quod sane peculium etsi conniventibus parentum dominorumque oculis, peculiare eorum patrimonium quodammodo censeatur, *proprium* tamen revera non est, neque firmo dominii jure apud eos mansurum; utpote quod imminui & extingui ad domini patrisve nutum potest, & in patrimonio patris dominive revera est: Et ut maxime qui in aliena potestate sunt rem peculiarem *teneant* (quod est facti) non tamen *habent*, possident, quod est juris, *d. l. 49. §. 1. de adquir. possess.* Naturaliter denique tenent, non civiliter possident. Sed praestat apponere ipsa Papiniani verba, ex *dict. l. 49. §. 1.* (quae huic, ut dixi inter alias conjungenda est) *Qui in aliena potestate sunt rem peculiarem tenere possunt, HABERE POSSIDERE non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed & juris est.* Ut in hac sp. haereamus, hinc jam sequitur, si filiusfamil. peculium amittat, nec amittere id videri: adeoque nec interdicto recuperandae possessionis eum ideo uti posse. Quod exerte etiam definitum extat in *l. 93. infra*, ubi plenius. Atque ita qui adversus nullum rei persequendae actionem habet, rem amisisse non videtur, *l. 14. §. 1. de V. S.*

Ponamus speciem & in *manumissione servi* (quae & ipsa est *rei amissio*) a filiofam. facta, *argum. l. 22. D. de manumiss.* quae & ipsa ex hoc ipso Papiniani libro desumpta est (juncta Modestini *l. 16. eod. tit.* & Pauli *l. 22. D. de manumiss. vind.* Rufini *l. matrimonii 51. §. 1. de ritu nupt.*) Et quidem primo speciem ponamus in manumissione *servi paterni*. Finge, filius ex voluntate patris servum ejus manumisit: Quaeritur, utrum causae probatio hoc casu requiratur, ut ex leg. Aelia Sentia requiritur, cum minor xx. annis servum manumittit, ne promiscuis alioquin manumissionibus rem propriam & familiarem liceat minori temere AMITTERE, atterere, frangere, imminuere seu perdere? Et *d. l. 16.* definitur, causae probationem hic *vacare*, id est non requiri. Ratio non alia est quam hujus regulae: *Non videtur* scilicet minor xx. annis *rem* veluti servum manumittendo *amittere*, *cujus propria res*, id est servus proprius pleno dominii iure *non fuit*: Nam etsi filiifamilias (quae ratio dubitandi afferri potuit) vivo quodammodo patre domini existimentur (ut diserte proditum est *l. in suis 11. D. de lib. & posthum.*) minoresque domini sint, attamen non proprii domini sunt, non veri, non firmi, non iure proprio. Idemque dicendum, si filiusfam. minor xx. annis *servum peculiarem* voluntate patris manumiserit. Et ita quidem in peculio quoque poni potest hujus regu-

lae

læ species, arg. *d. l.* 49. §. 1. *D. de adquir. & amitt. possess.* quod sane peculium filii servive *proprium* non est, & naturaliter tantum, ut dixi, ab eo tenetur, *d. l.* 49. §. 1. *l.* 24. *eod. tit. l.* 44. §. 4. *D. de usucap.*

2. Poni quoque possit species hujus regulæ in *statulibero*, respectu heredis, arg. *d. l.* 36. *D. de statuliberis*: quæ & ipsa ex eodem Papiniani libro 2. Definitionum desumpta est: statuliber enim heredis quidem interim est, sed non *proprius*: die quippe adveniente, vel conditione existente, heres eum amittit, nec amittit.

3. Poni potest & alia species rei non propriæ in *libero homine noxa dedito*. Et quidem argumento ejus fragmenti, quod ex eodem Papiniani libro 2. Definitionum sub titulo *de judicatis* nobis servavit Pariator legum Mosaicar. *tit.* 2. Cujus hæc sunt verba: *Per hominem liberum noxa deditum, si tantum adquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est a Prætore qui noxa deditum accepit; sed fiducia judicio non tenetur*. Quibus similia habet quoque Justinianus de servo noxæ dedito singulari Institutionum loco: puta §. *dominus* 3. *Instit. de noxal. act.* Nempe noxæ nomine deditus ductusque, etsi is qui accepit in eo dominium rei adquisiverit habeatque *l.* 26. *in fin. D. de noxal. act.* attamen in bonis eius tantum est *d. l.* 26. *in fin. D. si ex noxali causa*. Quod de bonitario dominio accipiunt Interpretes, neque proprius eius est immutabiliter: Imo enim si noxæ deditus quæsita pecunia damnum sarcierit (luere enim se potest) auxilio Prætoris manumittitur, *d. fragm. & d.* §. 3. Et quidem invito domino, *d.* §. 3. ab eius quippe dominio semel recessit, in perpetuum eius dominium a domino transfertur, *dict.* §. 3. neque ad eum postea redit, ut recte Theophilus. Ipseque qui deditum accepit seu duxit hoc casu cogendus est eum manumittere: quia etsi a veteri domino discesserit, attamen *non proprio*, non perpetuo & immutabili jure novi domini servus factus est: sed ita & sub hac conditione a lege iureque ipso eius factus est, ut manumittere eum, damno quandocunque refuso, cogi posset: integrumque adeo sit noxæ dedito satisfacere, præstito damno seu æstimatione litis. Non enim noxæ deditio spem illi præcidit seu adimit libertatis, ut de statulibero noxæ dedito quoque scribit Ulpianus *leg.* 9. *D. de statuliber.* Nempe quia noxæ deditio, in executione est: & nonnisi ob damnum datum ea fit: quare si damnum sarciatur, satis abundeque est. Quare neque tacita quædam *fiducia* lex huic noxæ deditioni suberat: Quomodo sane alioquin fiducia pignus est, quod dominium transfert in creditorem sub lege remancipandi soluta pecunia: de quo vide Paulum *in sentent.* & Isidorum, alios: de qua plene dixi ad *leg. unic. C. Th. de lege commiss.* Proprie, inquam, hæc fiducia non est, quia qui noxæ deditum accepit, domino remancipare non cogitur. Et ideo, ait Papinianus, non cogi qui hominem noxæ accepit ad manumittendum fiduciæ judicio. Quid igitur? a Prætore cogendum ait: ut Justinianus *dict.* §. 3. Prætoris auxilio: & sic extra ordinem. Proinde nec patronus est hoc casu qui manumittit. Atque ita quidem interim locus ille Papiniani apud Pariatorem explicandus est, quomodo etiam Cujacius eum accepit, cum Pithœo, viro alioquin perspicacissimo, ibi aqua hæsisset. Ad rem.

Sic igitur tres rerum species tenemus, quæ etsi propriæ quodammodo videantur, *propriæ* tamen revera non sunt, *Peculium*, inquam, *statuliber*, *noxaque deditus*. Ac proinde cum amittuntur, nec amissæ videntur. Atque ita quidem hæc Papiniani regula

gula deinceps accipienda erit, quæ hactenus minus intellecta fuit, quod Interpretes proprium hic vocis *Proprii* significatum non attenderunt.

Quomodo etiam hæc regula differat a *l. plerunque* 205. *infra*, ubi ad eam deventum erit, dicetur. Contra concordantium in genere legum synopsin hoc titulo habes in commentario ad *l.* 13. *sup.*

Atque hic finis esto Regularum PAPINIANI.

Finis Tomi I.